

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI
“FEDERICO II”**



**TESI DI DOTTORATO
IN DIRITTO PENALE**

***Dolo eventuale ed
imputazione soggettiva
dell'evento del reato***

**TUTOR:
Ch.mo Prof.
SERGIO MOCCIA**

**DOTTORANDO:
NICOLA ERMINIO PAONE**

DOTTORATO DI RICERCA IN “SISTEMA PENALE INTEGRATO E PROCESSO”
XXV CICLO
coordinatore del corso Prof. Sergio Moccia

Indice Sommario

Introduzione.....	5
CAPITOLO I.....	8
Alle origini del dolo eventuale	8
1. <i>Il concetto di dolo nella civiltà greca</i>	8
2. <i>L'evoluzione del concetto nel diritto romano</i>	11
3. <i>La valorizzazione del profilo spirituale del dolo nel pensiero teologico del Basso Medioevo</i>	19
4. <i>L'ampliamento dell'ambito di applicazione del reato doloso: teoria del versari in re illicita, dolus praesumptus, dolus generalis, doctrina Bartoli e voluntas indirecta</i>	23
5. <i>Dal dolus indirectus di Carpzov alla praesumptio doli di Feuerbach</i>	30
6. <i>L'affinamento tecnico-giuridico del concetto: Scuola Classica e Scuola Positiva, teoria della volontà e teoria della rappresentazione</i>	34
7. <i>La soluzione adottata nel codice Rocco</i>	43
CAPITOLO II.....	51
Il dolo tra colpevolezza e tipicità.....	51
1. <i>Funzioni politico-criminali e sistematica del reato</i>	51
2. <i>Teoria del reato e principi costituzionali</i>	55
3. <i>L'origine della disputa sulla collocazione sistematica del dolo: il dibattito sul concetto di azione</i>	60
4. <i>La separazione tra oggettivo e soggettivo nella fattispecie penale</i>	65
5. <i>Il dolo come manifestazione di colpevolezza nella prospettiva della funzione etico-retributiva della pena</i>	68
6. <i>Il dolo come manifestazione di colpevolezza nella prospettiva delle funzioni preventive della pena</i>	75
7. <i>Il dolo come elemento della tipicità</i>	84
CAPITOLO III.....	98
Il dolo come requisito di imputazione dell'evento nella formula dell'art. 43 c.p.	98
1. <i>Separazione tra oggettivo e soggettivo nella fattispecie penale, teoria delle norme e conseguenze ai fini della definizione della struttura del dolo</i>	98

2. <i>L'oggetto del dolo</i>	110
3. <i>Il dolo tra intenzione, rappresentazione e volontà</i>	112
4. <i>Le specie di dolo: dolo intenzionale e dolo diretto</i>	119
4.1 <i>Il dolo eventuale</i>	124
4.2 <i>Le teorie sul dolo eventuale</i>	127
5. <i>La trasfigurazione dell'imputazione dell'evento nel rapporto tra il reo ed il precetto</i>	137
6. <i>L'interazione tra profilo oggettivo e profilo soggettivo ai fini della descrizione del fatto tipico. Il dolo come requisito di imputazione dell'evento nella formula dell'art. 43 c.p.</i>	148
CAPITOLO IV	159
Dolo eventuale e colpa con previsione.....	159
1. <i>Le teorie che fanno leva sulla valorizzazione degli stati emozionali ed affettivi</i>	159
2. <i>Il criterio basato sull'accettazione del rischio</i>	167
3. <i>Le formule di Frank</i>	178
4. <i>Alla ricerca di un quid pluris rispetto alla mera accettazione del rischio</i>	188
5. <i>La valorizzazione della conoscenza del rapporto causale tra condotta ed evento</i>	199
6. <i>La teoria che fa leva sulla contrapposizione tra previsione in astratto e previsione in concreto</i>	207
7. <i>Il tentativo di distinguere tra "probabilità" e "possibilità" di verifica dell'evento</i>	212
8. <i>Le teorie che muovono dalla distinzione tra tipologie di rischi attivati con la condotta</i>	220
9. <i>Il tentativo di descrivere il dolo eventuale mediante la sintesi tra caratteristiche oggettive del rischio e profilo psicologico</i>	228
Conclusioni.....	237
Bibliografia.....	246

Introduzione

La ricerca si propone di approfondire la tematica dell'imputazione soggettiva dell'evento del reato, con l'obiettivo di verificare la compatibilità della figura del dolo eventuale con i riferimenti normativi rilevanti in argomento.

Nella prima parte del lavoro è stata tracciata l'evoluzione storica del concetto di dolo, a partire dalle nozioni del diritto greco e di quello romano, fino ad arrivare alla definizione prevista nell'art. 43 del nostro codice penale. La ricerca, nell'economia dell'elaborato, si è rivelata utile perché ha consentito di evidenziare il retroterra e le problematiche politico-criminali sottese alla definizione delle caratteristiche del dolo eventuale ed alla conseguente determinazione dei confini con la colpa cosciente.

Sono state così individuate le premesse culturali e politico-criminali in cui la categoria del dolo eventuale, nella prospettiva storica, trova il suo fondamento. Si sono quindi gettate le basi per svelare il retroterra che si annida dietro alle formulazioni del dolo eventuale attualmente più diffuse e seguite, nonché per dimostrare come esso abbia impedito di delineare una nozione di dolo davvero corrispondente alla disciplina prescritta dal diritto positivo vigente.

Il secondo capitolo, dopo una premessa metodologica sui rapporti tra politica criminale ed elaborazione sistematica del reato compiuta alla luce dei principi costituzionali rilevanti in materia penale, è stato dedicato all'analisi della funzione del coefficiente di imputazione soggettiva nella struttura della fattispecie penale ed all'importanza che tale funzione assume ai fini della ricostruzione della nozione di dolo.

In particolare, ci si è chiesti se dolo e colpa costituiscano forme od elementi della colpevolezza, così come ritenuto nell'impostazione tradizionale, oppure se, al contrario, sia necessario considerarli requisiti che contribuiscono ad offrire una descrizione del comportamento vietato, così collocandosi nella categoria della tipicità. Si è posto quindi in evidenza il significato politico-criminale delle due diverse soluzioni, facendo rilevare come la considerazione del dolo e della colpa quali forme od elementi della colpevolezza comporti che l'elaborazione dei relativi

concetti venga influenzata da valutazioni inerenti alla finalità della pena non propriamente coerenti con la funzione politico-criminale del coefficiente di imputazione soggettiva, compromettendo l'idoneità dello stesso ad esprimere le condizioni di riferibilità del fatto al soggetto in termini rispettosi del principio di personalità della responsabilità penale.

Si è quindi cominciato a delineare il profilo di criticità che caratterizza le elaborazioni della nozione di dolo eventuale: in esse si tenta di surrogare alla previsione “debole” dell'evento mediante il richiamo a formule e concetti inadeguati ad esprimere la volontà dell'evento stesso quale “conseguenza” del comportamento tenuto e strettamente legati a considerazioni etico-retributive o di carattere preventivo, spostando la valutazione dal rapporto tra condotta ed evento a quello tra soggetto e pretese dell'ordinamento. Quest'ultimo problema, in realtà, non riguarda l'imputazione dell'accaduto, bensì la responsabilità del singolo, sul presupposto che il fatto sia a lui riferibile sul piano oggettivo e soggettivo.

Il terzo capitolo costituisce il momento centrale dell'elaborato, in quanto è diretto alla costruzione della nozione di dolo, mediante l'interpretazione sistematica dei dati di diritto positivo, compiuta alla luce della funzione politico-criminale del coefficiente di imputazione soggettiva delineata nel capitolo precedente.

Sono state analizzate, in primo luogo, le ricadute dell'impostazione che considera l'elemento soggettivo del reato quale manifestazione di colpevolezza e della conseguente netta separazione tra oggettivo e soggettivo nella struttura del reato sulla ricostruzione del contenuto e dell'oggetto del dolo, con particolare riferimento al rapporto tra il soggetto autore di una condotta illecita e l'evento verificatosi a causa di quella condotta. La tematica è stata affrontata approfondendo la cd. teoria delle norme e l'influenza che essa ha avuto nell'elaborazione dell'elemento soggettivo quale manifestazione di colpevolezza, piuttosto che quale coefficiente di imputazione del fatto al soggetto. Si è cercato così di cogliere fino in fondo tutte le implicazioni che la concezione del dolo come manifestazione di colpevolezza ha avuto nella definizione del coefficiente di imputazione in esame, approfondendo il retroterra culturale e sistematico nel quale

trovano il loro fondamento le teorie sul dolo eventuale e la relativa possibilità di accontentarsi della rappresentazione dell'evento anche in termini probabilistici e non necessariamente di certezza per ritenere che esso sia stato "voluto" dall'autore della condotta.

Quindi, si è tentato di dimostrare che la volontà dell'evento come "conseguenza" della condotta posta in essere dall'agente, secondo la definizione di dolo contenuta nell'art. 43 c.p., presuppone necessariamente una rappresentazione in termini di certezza del verificarsi degli effetti della condotta stessa. Ciò in quanto la ricostruzione della struttura della fattispecie penale deve tener conto dell'intima compenetrazione tra profilo oggettivo e profilo soggettivo e non può basarsi sull'idea della coesistenza di due norme (di valutazione e di determinazione) all'interno di essa.

Nel procedere a questa analisi si è costantemente evidenziato come ritenere voluto anche un evento previsto quale conseguenza solo probabile o possibile della propria condotta sia il frutto della considerazione del dolo quale manifestazione di colpevolezza e non quale criterio di imputazione descrittivo di un particolare legame tra soggetto ed evento, espressivo della signoria causale dell'agente.

Il quarto capitolo è stato dedicato all'analisi critica delle nozioni di dolo eventuale elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, alla luce di quanto osservato nel capitolo precedente e dell'impostazione metodologica delineata nel secondo capitolo.

Nel paragrafo conclusivo sono state infine tracciate considerazioni di sintesi sulle riflessioni svolte. Ad esse si è ritenuto opportuno aggiungere anche una breve analisi delle prospettive de lege ferenda delineatesi nei progetti di riforma del codice penale elaborati dalle Commissioni ministeriali all'uopo istituite, al fine di valutare se l'espressa previsione del dolo eventuale quale criterio di imputazione soggettiva, come ipotesi particolare di dolo o come tertium genus (sul modello della "sconsideratezza" degli ordinamenti anglo-americani) sia in grado di risolvere i problemi evidenziati e possa essere considerata una soluzione ragionevole.

CAPITOLO I

Alle origini del dolo eventuale

SOMMARIO: 1. Il concetto di dolo nella civiltà greca. – 2. L'evoluzione del concetto nel diritto romano. – 3. La valorizzazione del profilo spirituale del dolo nel pensiero teologico del Basso Medioevo. – 4. L'ampliamento dell'ambito di applicazione del reato doloso: teoria del *versari in re illicita*, *dolus praesumptus*, *dolus generalis*, *doctrina Bartoli* e *voluntas indirecta*. – 5. Dal *dolus indirectus* di Carpzov alla *praesumptio doli* di Feuerbach. – 6. L'affinamento tecnico-giuridico del concetto: Scuola Classica e Scuola Positiva, teoria della volontà e teoria della rappresentazione. – 7. La soluzione adottata nel codice Rocco.

1. Il concetto di dolo nella civiltà greca

La nozione di dolo elaborata nel diritto greco ed in quello romano rappresenta il punto di partenza da cui prendere le mosse per ripercorrere brevemente l'evoluzione del concetto, verificando attraverso quali passaggi e valutazioni sia pervenuto alla sua attuale configurazione¹. È in essa, infatti, che affonda le sue radici quello che è oggi considerato, anche nell'art. 42 del codice penale italiano, il normale titolo di imputazione soggettiva del moderno diritto penale². Ripercorrere l'evoluzione del concetto di dolo può servire a reperire problematiche tuttora irrisolte, contribuendo ad evidenziarne il retroterra e, quindi, a comprendere le ragioni di tale problematicità. Tra tali problematiche rientra senz'altro quella relativa alla definizione delle caratteristiche del dolo eventuale ed alla conseguente determinazione dei confini con la colpa cosciente.

¹ Tra i più recenti contributi sul tema si vedano: CATERINI, *Il reato eccessivo. La preterintenzione dal versari in re illicita al dolo eventuale*, Napoli 2008, *passim*; DEMURO, *Alle origini del concetto di dolo: dall'etica di Aristotele al diritto romano*, in *Diritto@Storia, Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, quaderno n° 5, 2006, sul sito www.dirittoestoria.it; ID., *Prolegomeni storici allo studio del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, pp. 1410 e ss. Tra i testi meno recenti si veda: GROSSO, *Storia del diritto romano*, 5^a ed., Torino 1965.

² V. DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano 1976, p. 436 e ss.

Le prime definizioni rapportabili al concetto di dolo furono già elaborate nella civiltà greca. Esse costituivano derivazione diretta -se non addirittura precipitato tecnico/giuridico³- della concezione etico-filosofica della responsabilità esposta da Aristotele nell'*Etica Nicomachea* e da Platone nelle *Leggi*. Nelle opere di tali filosofi⁴, infatti, si rinvennero primigenie nozioni di volontarietà ed involontarietà ed approfondimenti della tematica dell'errore, nonché riferimenti al tema della colpevolezza, concepita sostanzialmente come scelta⁵ in direzione di una condotta⁶ connotata da un certo disvalore. In tali concetti avrebbe successivamente trovato la propria base il pensiero tomistico, dalla cui evoluzione filosofica, attraverso le elaborazioni della canonistica medievale, dei postglossatori⁷ e del giusnaturalismo, si sarebbe poi giunti alla definizione della categoria della colpevolezza; essa, pur modificandosi nel tempo, come si vedrà continua ad influenzare il pensiero giuridico moderno⁸ anche in vista della ricostruzione delle caratteristiche del coefficiente di imputazione soggettiva.

³ DEMURO, *Alle origini*, cit., p. 15, ove si fa riferimento a LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts. In vergleichend-historischer und dogmatische Darstellung*, Leipzig 1895, *passim*.

⁴ In argomento si vedano: DEMURO, op. ult. cit., pp. 4 e 5; STRAUSS, *Le leggi di Platone: trama ed argomentazione*, trad. it. dall'edizione originale *The Argument and the Action of Plato's "Laws"*, Chicago 1975 di A.S. Caridi, *passim*; REALE, *Storia della filosofia greca e romana*, vol. IV, *Aristotele ed il primo peripato*, Milano 2004, p. 189. Per una visione d'insieme della filosofia greca di veda ABBAGNANO, *Storia della filosofia*, vol. I, *La filosofia antica*, 5^a ed., Torino 1993, *passim*.

⁵ Sul tema si veda DEMURO, *Prolegomeni*, cit., p. 1413; ID., *Alle origini*, cit., pp. 11-15.

⁶ È interessante notare come il dolo alle origini fosse concepito come volontà della condotta, a prescindere dalla volizione dell'evento ad essa connesso. Nei sistemi penalistici primordiali si distingueva solamente tra voluto e non voluto e la volizione era riferita alla sola condotta attiva. L'evento non era oggetto di analisi separata. Voluta la condotta, era considerato voluto tutto ciò che ne fosse stato causato od anche soltanto occasionato. È agevole ravvisare in questa impostazione la genesi concettuale di quella che poi sarebbe divenuta la contrapposizione tra teoria della volontà e teoria della rappresentazione. Si veda più approfonditamente *infra*, capitolo III, paragrafo 3.

⁷ In argomento si veda CAMPITELLI, *Europenses. Presupposti storici e genesi del diritto comune*, Bari 1995, pp. 145 e ss.

⁸ L'idea di colpevolezza è stata da sempre influenzata dal retroterra filosofico di riferimento; attualmente si è passati dall'etica dell'intenzione, di ascendenza aristotelica, ad un'etica della responsabilità, di matrice weberiana e popperiana. In argomento, salvi gli approfondimenti che verranno svolti nel capitolo II, si fa rinvio a PULITANÒ, *La politica e le riforme*, in *Atti del convegno "Gli 80 anni del Codice Rocco"*, Bologna 12-20 Marzo 2010, p. 15.

È dunque nella filosofia ellenica e nel diritto greco in materia di omicidio⁹ che ebbe inizio l'approfondimento scientifico-filosofico¹⁰ dei concetti di volontarietà ed involontarietà dell'agire umano, nell'intento di distinguere le condotte meritevoli di sanzione penale da quelle per le quali potessero ritenersi sufficienti rimedi di tipo risarcitorio in favore delle vittime¹¹.

In tale contesto tuttavia, soprattutto ai primordi, non fu approfondita tanto la nozione di volontarietà quanto, piuttosto, quella di involontarietà. All'interno di questo concetto furono comprese spesso indistintamente situazioni che nel diritto penale moderno danno luogo ad istituti considerati ontologicamente distinti. Vi erano infatti accomunate cause di esclusione della coscienza e della volontà, quali il caso fortuito e la forza maggiore; cause di esclusione del dolo, quali l'errore e l'ignoranza; cause di esclusione della colpevolezza, quali l'incapacità di intendere e volere; cause di esclusione della antigiuridicità, quali la legittima difesa. Era ritenuta involontaria anche la condotta imprudente, sicché l'area oggi giorno ascrivibile ai comportamenti colposi era estranea all'ambito della responsabilità penale, rientrando genericamente nel *casus*¹².

Agli albori del diritto penale, insomma, accanto al dolo inteso come volontà dell'azione, senza alcuna considerazione circa la volizione dell'evento da essa

⁹ Il riferimento è alla legislazione di Dracone ed alle più risalenti orazioni di Antifonte, databili tra il 480 ed il 411 a.c.; quest'ultimo nelle sue tetralogie distingue tra omicidio volontario, colposo e dovuto al caso. Sul tema, si vedano CANTARELLA, *Norma e sanzione in Omero. Contributo alla protostoria del diritto greco*, Milano 1979, *passim*; ID., *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano 1970, *passim*; ID., "Moicheia" e omicidio legittimo in diritto antico, in *Labeo*, 18, 1972, p. 78 e ss; BISCARDI - CANTARELLA, *Profili di diritto greco antico*, 2^a ed., Milano 1974, *passim*; IMPALLOMINI, *L'omicidio nel diritto penale*, 2^a ed., Torino 1900, pp. 243-245.

¹⁰ Approfondimento da allora mai interrotto ed intimamente connesso allo studio del diritto penale, sia con riferimento ai concetti di volontà e di colpevolezza, sia, più in generale, con riguardo all'idea di giustizia. Si veda AA.VV., *L'idea di giustizia da Platone a Rawls*, a cura di MAFFETTONE e VECA, Torino-Bari 1997, *passim*.

¹¹ Va peraltro sottolineato che ad avviso di recenti studi storico-giuridici tracce della problematica della volontà e della tematica della divergenza tra il voluto ed il realizzato si rinvennero già nelle fonti normative ittite e sumere e nella legge ebraica. In argomento si vedano IMPARATI, *Le leggi ittite*, Roma 1964, *passim*; SAPORETTI, *Antiche leggi. I "codici" del vicino Oriente Antico*, Milano 1998, *passim*; CANTARELLA, *Diritto romano e diritti orientali*, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano 2004, *passim*; CATERINI, *Il reato eccessivo*, cit., pp. 11-15; LUCREZI, *L'uccisione dello schiavo in diritto ebraico e romano*, Torino 2001, *passim*.

¹² Cfr. DEMURO, *Alle origini*, cit., p. 2; ID., *Prolegomeni*, cit., p. 1412.

eventualmente scaturito, vi era un magma indistinto di concetti giuridici eterogenei elaborati in contrapposizione al quello di volontarietà, nel quale venivano compresi fenomeni per l'attuale sensibilità giuridica molto diversi, accomunati soltanto dal fatto che l'agire nel quale trovavano espressione non potesse essere ritenuto autenticamente voluto. Ad ogni modo può dirsi che già nel pensiero greco, pur partendosi da una visione della responsabilità legata alla causalità materiale o addirittura all'occasionalità, come del resto in tutti i sistemi penali dell'antichità, è da registrare un'evoluzione verso modelli concettuali più sensibili alla valorizzazione del nesso psichico tra l'autore del reato ed il fatto commesso¹³. Questa progressione verso schemi più maturi, tuttavia, avrebbe colto i suoi frutti soltanto a seguito della contaminazione con il pensiero latino, nel quale l'aspetto speculativo tipico della filosofia ellenica si fuse con il pragmatismo dei romani e la loro proverbiale sensibilità giuridica.

2. L'evoluzione del concetto nel diritto romano

Inizialmente l'importanza secondaria della legislazione penale rispetto a quella civile e l'ampiezza della discrezionalità del potere magistratuale impedirono che il diritto penale romano assumesse le caratteristiche tipiche dell'elaborazione sistematica¹⁴. Mentre il diritto privato si riteneva che meritasse appieno la qualifica di *ius*¹⁵, la materia penale si basava su un complesso di atti repressivi disorganici, piuttosto che di istituti frutto di elaborazione dottrinale o connotati da autonomia tecnica¹⁶.

¹³ CANTARELLA, *Norma e sanzione*, cit. p. 259; ID., *Studi sull'omicidio*, loc. cit.

¹⁴ Sul tema del diritto e del processo penale si vedano BRASIELLO, *La repressione penale*, in *Diritto Romano*, Napoli 1937, *passim*; DE FRANCISCI, *Sintesi del Diritto Romano*, 3^a ed., Roma 1968, p. 485 e ss.; PUGLIESE, *Il diritto criminale Romano*, in *Guida allo studio dell'antichità classica*, a cura di ARNALDI e USSANI, Milano 1963, *passim*; MONACO, *Cenni di Diritto penale Romano*, appendice a FRANCIOSI, *Manuale di Storia del Diritto Romano*, Napoli 2005, *passim*; SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, 2^a ed., Milano 1998, pp. 1 e ss.

¹⁵ DE FRANCISCI, op. ult. cit., p. 373 e ss.

¹⁶ GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino 1970, pp. 14-15. L'Autore sostiene che per il diritto penale strettamente inteso non si poteva parlare di giurisdizione: anche nei casi in cui il magistrato amministrava la giustizia da solo (*coercitio*), egli non stabiliva una regola di diritto (come invece avveniva nelle questioni private), ma una sanzione (o una assoluzione). Quando invece era il *populus* a decidere, era

Nonostante questi limiti, con riferimento al delitto di omicidio è comunque possibile apprezzare la rilevanza che i Romani fin dai primordi attribuirono all'elemento soggettivo. Si tratta dell'unica fattispecie in relazione alla quale furono individuati parametri soggettivi di imputazione corrispondenti al dolo ed alla colpa. La rilevanza di altri illeciti contro l'integrità fisica della persona, quali il *membrum ruptum* o l'*os fractum*, era fondata esclusivamente sul piano oggettivo della fattispecie. La volontà era invece richiesta per illeciti quali il *furtum* e il *malum carmen incantare*, essendo essi ontologicamente incompatibili con la realizzazione a mezzo di una condotta negligente, imprudente o imperita¹⁷.

Agli albori del diritto penale romano si colloca la *lex Numae*, il cui celebre precetto era: *si quis hominem liberum dolo sciens morti duit paricidas esto*¹⁸. La disposizione, come del resto altre del più antico diritto romano, trovava un precedente nel mondo greco nella legge di Dracone, la quale distingueva tra omicidio volontario ed involontario¹⁹. La norma romana, attribuita a Numa, imponeva ai congiunti della vittima di uccidere (o far uccidere) l'omicida -il quale poteva essere stato messo a loro disposizione dalla comunità²⁰- al fine di impedire che, nonostante la situazione di impurità determinata dal sangue versato, essi eventualmente si accontentassero di un ristoro pecuniario²¹. La legislazione era completata dalla fattispecie colposa (*si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnatis eius in contione offerret arietem*), la quale imponeva invece all'autore del crimine di consegnare, alla presenza del popolo, un ariete ai parenti

ancora più arduo parlare di *ius dicere*, perché non si trattava di una pronuncia formale e solenne, ma di una votazione. L'Autore ritiene -in contrasto con la dottrina dominante- che il profilo penalistico avrebbe raggiunto autonomia scientifica soltanto verso la fine della repubblica, con l'istituzione delle *quaestiones perpetuae*.

¹⁷ GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., pp. 66-67; PUGLIESE, op. ult. cit., p. 62.

¹⁸ GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., pp. 64 e ss.

¹⁹ SANTALUCIA, op. ult. cit., p. 14.

²⁰ GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*, Napoli 1998, p. 12.

²¹ SANTALUCIA, op. ult. cit., p. 15.

dell'ucciso, affinché questo fosse sacrificato in sua vece. La soluzione religiosa dei casi di omicidio colposo²² si troverebbe ancora nelle dodici tavole²³.

La rilevanza attribuita all'elemento soggettivo determinò il superamento dell'arbitrio vigente in precedenza, allorché la vendetta dei familiari veniva esercitata indiscriminatamente, anche in caso di omicidio colposo, preterintenzionale o legittimo²⁴.

Nonostante sul significato storico della *lex Numae* non ci sia sostanziale accordo tra gli studiosi²⁵, quel che rileva maggiormente in questa sede è la terminologia utilizzata per indicare la volontà dolosa (*sciens*, *sciens prudensque*, *sciens dolo malo*), la quale sembrerebbe caratterizzare il dolo come condotta accompagnata da previsione dell'evento²⁶, senza alcuna considerazione per la volontà allo stesso riferita²⁷.

Una valorizzazione del profilo volitivo accanto all'aspetto intellettuale viene rinvenuta nella *lex Cornelia de sicariis et veneficis* (81 a.C.), con la quale, per la prima volta, vi sarebbe stato il riconoscimento chiaro ed esplicito della volontà riferita all'evento come elemento strutturale del dolo. Questa legge, ad avviso di

²² Secondo PERTILE, *Storia del diritto italiano*, 2^a ed., vol. V (*Storia del diritto penale*), Bologna 1966, p. 1, due sentimenti connaturali all'uomo formarono la base del diritto penale nella prima età d'ogni popolo: il sentimento della vendetta e quello dell'espiazione. Com'è evidente, essi si ritrovano anche nel primo diritto romano. Sia l'uccisione dell'autore del reato da parte dei parenti del morto (nel caso dell'omicidio doloso) che il sacrificio dell'ariete (nel caso dell'omicidio colposo) erano pratiche espressive della vendetta nei confronti del reo e forme di purificazione aventi ascendenza religiosa.

²³ MARRONE, *Istituzioni di Diritto Romano*, Firenze 1994, pp. 37 e ss.

²⁴ GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., p. 65.

²⁵ Così DEMURO, *Prolegomeni*, cit., p. 1414 e GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., pp. 64 e ss.

²⁶ CANCELLI, voce *Dolo (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano 1964, p. 719, il quale ritiene che il termine *dolus*, ripreso dalla elaborazione greca, si incentrasse essenzialmente sul profilo intellettuale della condotta criminosa.

²⁷ Ad avviso dei romanisti ciò dipese prevalentemente dal fatto che il diritto penale non si giovò della raffinata elaborazione concettuale dei giuristi, come invece accade per il diritto privato. Il complesso delle norme penali pubbliche a Roma era infatti considerato strumento di emanazione diretta della funzione repressiva delle autorità cittadine e statuali. La circostanza spiega anche perché nell'esperienza romana è assai difficile distinguere tra diritto penale sostanziale e diritto penale processuale. In argomento si vedano GNOLI, voce *Diritto penale nel diritto romano*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino 1990, pp. 46 e ss.; PUGLIESE, *Diritto penale romano*, in *Il diritto romano. La costituzione. Caratteri. Fonti. Diritto privato. Diritto criminale. (Guide allo studio della civiltà romana)*, Roma 1980, p. 249.

alcuni, sarebbe stata il punto di svolta nella considerazione dell'elemento soggettivo, in quanto essa riconosceva un ruolo preminente alla volontà malvagia e, quindi, al momento volontaristico dell'illecito. Altri ritengono invece che l'importanza della stessa sia stata strumentalmente sopravvalutata in epoca moderna, nel tentativo di fornire al concetto di dolo un fondamento storico utile per costruire tanto un diritto penale del fatto, che un diritto penale della volontà orientato al soddisfacimento di esigenze preventive e repressive²⁸.

Oltre a quanto previsto dalla *lex Cornelia*, anche altri termini ed espressioni rinvenibili nei testi romani sembrano esprimere il concetto di dolo. Tra questi vengono ricordati *dolo*, *sciens dolo*, *dolo malo*, *sciens dolo malo*, *voluntas*, *data opera*, *consulto*, *proposito*, *sponte*. Si tratta di formule variegata ed a tratti molto diverse tra loro, che esprimono bene la mentalità asistemica dei romani ed il carattere delle loro fonti giuridiche. In mancanza di una teoria generale, infatti, il concetto di dolo era esposto confusamente e casisticamente. Inoltre, alle ipotesi più agevolmente rapportabili alla responsabilità dolosa si affiancavano fattispecie di involontarietà oscillanti dalle odierne scusanti all'errore e dalla colpa alle esimenti²⁹.

Un passo ulteriore verso l'interiorizzazione del dolo si ebbe nell'età del principato e del più tardo diritto romano, periodo in cui sul nucleo concettuale poc'anzi delineato si innestarono le nozioni filosofiche di *animus* e *voluntas*. Per l'affermazione della responsabilità dolosa divenne decisivo lo spirito (*voluntas*, *animus*) con il quale l'azione era stata compiuta. Attraverso la nozione di *animus*, definibile come il fine di cagionare l'evento antigiuridico, ovvero come volizione del maleficio³⁰, l'essenza della volontà dolosa fu identificata definitivamente con il *dolus malus*, con la conseguente massima interiorizzazione del concetto di dolo.

²⁸ Per un attento esame dell'importanza della *lex Cornelia de sicariis et veneficis* per l'evoluzione del diritto penale romano si veda DEMURO, *Alle origini del concetto di dolo*, cit., pp. 18-23; ID., *Prolegomeni*, cit., p. 1417. Ivi anche il testo della legge Cornelia.

²⁹ Vedi MARRONE, op. ult. cit., p. 37 e ss.

³⁰ L'idea per la quale la volontà dolosa sarebbe caratterizzata da profili interiori espressivi di un animo cattivo ha permeato l'elaborazione dottrinale dell'istituto per lungo tempo, fin quasi ai giorni nostri. Al riguardo è sufficiente ricordare PESSINA, *Elementi di diritto penale*, Napoli 1880, pp. 159-160 e pp. 313- 314,

Dal maggior grado di soggettivizzazione del dolo, tuttavia, derivò il problema pratico del suo accertamento processuale, che, fino a quel momento non aveva comportato particolari difficoltà, avendo ad oggetto esclusivamente la volontarietà della condotta e dell'evento. Il diritto romano venne pertanto ad imbattersi nella difficoltà legate alla necessità di accertare l'atteggiamento interiore richiesto per la punibilità. In un primo momento l'indagine sull'intenzionalità fu condotta sul piano delle qualità morali dell'agente. Successivamente, in tutti quei casi in cui questa strada non era praticabile, si ricorse all'espedito del *dolus in re ipsa*, ritenendo che l'autore di un fatto punibile a titolo di reato doloso avesse agito *sciens dolo malo* per il solo fatto di aver realizzato le componenti esteriori dell'illecito³¹.

Dall'età costantiniana la repressione criminale divenne di competenza esclusiva dell'imperatore e fu attuata con modalità inquisitoria. Di conseguenza vi fu un aumento del numero di tribunali e, d'altra parte, la nuova concezione del potere (sempre più autocratico e ormai a fondamento divino) determinò la riduzione ai minimi termini degli spazi di valutazione dei giudici. In questo quadro ispirato alla repressione si verificò un'involuzione della sensibilità giuridica nei riguardi del dolo. Essa si manifestò, tra l'altro, nell'affermazione di forme di responsabilità oggettiva e di responsabilità collettiva, che prescindevano completamente sia dal dolo che dalla colpa³².

per il quale il dolo si identifica nella volontà del maleficio (*voluntas sceleris*). Per l'Autore ai fini della configurabilità del dolo occorre che "il fenomeno della negazione del Diritto sia stato preveduto dall'essere operante e come negazione del Diritto e come conseguenza, sia certa o sia probabile, di un movimento spontaneo del suo organismo" e che "l'essere operante abbia voluto quel movimento del suo organismo, dal quale come effetto da cagione, deriva il fenomeno della negazione del Diritto". Il dolo, dunque, in quanto volizione del maleficio, è opera di intelligenza e di libertà: "Maleficio è dunque l'azione della libertà umana che infrange il Diritto".

³¹ Sul tema dell'accertamento del dolo nel diritto romano si vedano CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari 1986, p. 224; IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, cit., p. 247; CANTARELLA, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, loc. cit. Per un approfondimento dell'argomento delle presunzioni di dolo nel diritto romano si veda BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto ed accertamento del dolo*, Milano 1960, pp. 9-11, 111.

³² Si vedano GROSSO, *Storia del diritto romano*, 5^a ed., Torino 1965, pp. 462-463; CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale, vol. II, Del giudizio criminale*, 8^a ed., Firenze 1897, p. 293. Il metodo inquisitorio trae il suo nome dai *quaesitores*, in origine cittadini incaricati eccezionalmente dal senato di investigare su certi delitti. Le basi del processo inquisitorio come forma ordinaria vennero invece gettate da Diocleziano.

Secondo quanto traspare dalle fonti romane, può dirsi che non di rado il dolo era descritto con espressioni linguistiche richiamanti la malvagità dell'impulso all'azione, confondendosi con il motivo della condotta. Ciò rende plausibile ritenere che il concetto romano di illecito doloso evocasse la volontà cattiva dell'individuo e la conseguente necessità di un rimprovero etico-morale, in linea con l'ascendenza *lato sensu* religiosa del diritto punitivo dei primordi³³.

Cionondimeno, proprio facendo leva su questo contenuto etico, si è sostenuto che il dolo nel diritto romano avesse anche un significato tecnico-giuridico, identificandosi con la condotta posta in essere intenzionalmente. La dimensione esclusivamente intenzionale del dolo romano comportava che il moderno dolo eventuale fosse completamente estraneo a quel sistema giuridico, in quanto il giurista non indagava se l'agente avesse potuto prevedere o meno la possibilità del male avvenuto, ma si limitava a verificare se avesse voluto direttamente arrecarlo. Guardando ai concetti antichi con gli schemi di analisi del diritto penale moderno, allora, la maggioranza delle espressioni linguistiche utilizzate per descrivere il dolo evocherebbero quelli che oggi vengono definiti dolo intenzionale e dolo diretto, richiedendosi che l'attività dell'agente fosse scientemente indirizzata, se non finalisticamente protesa, a cagionare l'evento e relegando al *casus* tutti gli altri possibili atteggiamenti nei confronti dell'evento³⁴.

Comunque, nonostante alcune suggestive evocazioni concettuali, l'elaborazione dogmatica moderna delle diverse forme di dolo non è riproponibile nel diritto

Nella dottrina romanistica si preferisce talvolta parlare, anziché di sistema inquisitorio e di sistema accusatorio, di sistema unilaterale e di sistema bilaterale, onde evitare confusioni con altre esperienze storiche diverse da quella romana e per sottolineare che l'inquisitore era anche giudice: v. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., p. 48.

³³ Cfr., sul tema FIORI, *Homo Sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996, *passim*; DE FRANCISCI, *Primordia Civitatis*, Roma 1959, *passim*; AMIRANTE, *Storia giuridica di Roma*, Napoli 1991, *passim*; TALAMANCA ed altri, *Lineamenti di storia del Diritto Romano*, 2^a ed., Milano 1989, *passim*. Si vedano anche LIBERATI, *Mommsen ed il diritto romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n° 6, 1976, *passim* e MASIELLO, *Mommsen e il diritto penale romano*, Bari 1997, *passim*.

³⁴ V. FERRINI, *Diritto penale romano, Esposizione storica e dottrinale*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di Pessina, vol. I, Milano 1902, p. 40 e 51; DEMURO, *Prolegomeni*, cit., p. 1415; DELITALA, *Dolo eventuale*, cit., p. 434. Per ulteriori approfondimenti sul tema si veda anche PECORARO ALBANI, *Il dolo*, Napoli 1955, p. 3 e ss.

penale romano. In primo luogo, la differenza tra dolo intenzionale e dolo diretto non emerge mai, in quanto la nozione di *dolus* comprende sia i casi in cui la realizzazione del fatto illecito costituisce l'obiettivo direttamente perseguito dall'agente, sia i casi in cui la realizzazione del reato non è l'obiettivo che dà causa alla condotta, ma rappresenta lo strumento necessario per la realizzazione di un altro scopo. Inoltre nelle fonti non c'è menzione del dolo eventuale³⁵. È invece interessante sottolineare, nell'economia del presente lavoro, che l'evoluzione storico-domatica del concetto di dolo fu sospinta anche dalla necessità di soddisfare esigenze probatorie; proprio in esse, come si vedrà, si annida il germe della nozione di dolo eventuale.

Gli studiosi italiani tendono a non andare oltre questi spunti, sminuendo l'importanza del contributo scientifico del diritto romano per lo sviluppo del diritto penale moderno ed, in particolare, per la formazione del concetto di dolo sul piano dommatico. La ragione di questo atteggiamento prudente va forse ravvisata nell'approccio di tipo storico utilizzato nell'analisi delle fonti. Allo storico, infatti, non è consentito prescindere dalle condizioni di tempo e di ambiente, se non vuole perdere l'intimo significato della dottrina che studia, a differenza di quanto può fare il dommatico. Ebbene, la dottrina romanistica classica nell'analisi delle fonti in genere svalutava proprio l'apporto della dommatica, secondo un orientamento relativista, che legava strettamente i concetti alla realtà storica in cui avevano operato, giudicandoli inutilizzabili in altre ottiche storiche e giuridiche³⁶.

La cautela nell'effettuare troppo facili paragoni con l'esperienza romana è stata indotta anche dal fatto che i concetti del diritto penale sostanziale romano, peraltro elaborati dalla dottrina successiva e non fissati dagli stessi Romani³⁷, erano

³⁵ CORDERO, *Criminalia*, cit., p. 224 sottolinea infatti che nelle fonti si rinvenivano modelli ai quali sfugge il dolo eventuale. Sul tema si vedano anche DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., pp. 434 e 435; FERRINI, op. ult. cit., p. 51.

³⁶ Cfr. DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 438.

La dottrina tedesca, invece, tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento intraprese un approfondito studio sul significato delle fonti romane per il concetto di dolo. Löffler e Binding dedicarono ampio spazio all'analisi del *dolus* (romanistico), attingendo ad esso anche per la distinzione tra momento conoscitivo e momento volitivo, che come si è visto già traspare dalle fonti. V. DEMURO, *Prolegomeni*, loc. ult. cit.

³⁷ DEMURO, op. loc. ult. cit.

strettamente legati alla loro applicazione nel processo, sicché è assai difficile effettuare un raffronto con le nostre categorie dommatiche, distinguendo il diritto penale sostanziale da quello processuale³⁸. Ed all'uopo si osserva che, quand'anche nel concetto sostanziale di dolo nel diritto romano fossero ravvisabili somiglianze con l'attuale elaborazione concettuale, è però indiscutibile che il sistema processuale penale romano era ben lontano dai moderni sistemi e non svolgeva certamente una funzione di garanzia individuale. Basti pensare alla presenza, in sostanza, di una presunzione di colpevolezza, anziché di innocenza, e alla mancanza di altri principi quale il *nemo tenetur se accusare*; all'inesistenza dell'obbligo di motivazione e del doppio grado di giudizio ed alla possibilità di provocare la confessione mediante la tortura³⁹.

Ciò non toglie che l'esperienza romana abbia rappresentato il punto di partenza per il cammino evolutivo della nozione di dolo. Infatti, quando, superata la fase del diritto penale germanico⁴⁰, nella quale ci si limitava a prendere in considerazione il solo elemento oggettivo, inizierà a riproporsi la distinzione tra fatti volontari ed involontari, sarà proprio il modello elaborato dal diritto romano a fungere da criterio ispiratore per la definizione del concetto di colpevolezza dolosa. Caduto l'impero romano, la riscoperta del diritto latino durante il periodo medioevale, l'influsso del diritto canonico e la rinascita della scienza giuridica con i Glossatori e soprattutto con i Commentatori portarono a valorizzare nuovamente la componente soggettiva dell'illecito -anche se ciò avvenne più che altro nella prospettiva dell'ampliamento della nozione di dolo- proprio sulla base del *dolus malus* di stampo romanistico⁴¹.

³⁸ BRASIELLO, *Note introduttive allo studio dei crimini romani*, cit., p. 148 e ss.

³⁹ V. ancora DEMURO, *Alle origini*, cit., p. 29.

⁴⁰ In argomento si veda CAMPITELLI, *Europensees*, cit., p. 179.

⁴¹ Si vedano CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, in *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*, a cura di E. Pessina, vol. II, Milano 1906, p. 243; CAMPITELLI, *Europensees*, cit., p. 153 e ss. Sull'influenza del diritto latino e canonico nel periodo medioevale si vedano in generale CORTESE, *Il rinascimento giuridico medioevale*, Roma 1992, *passim*; CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti ed il pensiero giuridico*, Milano 1982, *passim*.

3. La valorizzazione del profilo spirituale del dolo nel pensiero teologico del Basso Medioevo

I concetti relativi all'elemento psicologico del reato introdotti nella legislazione barbarica successiva alla caduta dell'Impero romano attinsero, oltre che all'esperienza romana, ai canoni della Chiesa⁴².

L'influsso del diritto ecclesiastico si manifestò soprattutto nell'attenuazione di alcune tendenze più rozze e sanguinarie del diritto barbarico, attribuendo all'intenzione malvagia ed alla colpa un ruolo centrale nel significato del fatto illecito. Per questa strada venne progressivamente delineandosi la contrapposizione tra profilo soggettivo della fattispecie, inteso come atteggiamento psicologico del reo, e materialità del fatto; inoltre furono poste le basi per la moderna teoria dell'imputabilità⁴³.

La valorizzazione della componente spirituale delle azioni umane trovava il suo fondamento nella cultura cristiana, dato che in essa la fede religiosa e le speculazioni filosofiche erano incentrate sulla natura dell'uomo, sulle sue origini e sul suo destino. Anche le pene assunsero significato diverso. Non si trattò più di una vendetta praticata dall'offeso, dai suoi parenti o dal suo gruppo, ovvero, nelle forme sociali più evolute, dallo Stato. I delitti furono identificati con i peccati, sicché alla pena veniva attribuita la funzione di sollecitare il pentimento del reo. Proprio per questa ragione l'influenza del cristianesimo sulla teoria del reato si estrinsecò nella valorizzazione del profilo soggettivo della fattispecie: come nel peccato, l'intenzione malvagia per definizione non poteva prescindere la volontà, sicché anche nel crimine diveniva determinante l'aspetto morale⁴⁴.

⁴² V. DEL GIUDICE, *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano a cura di Enrico Pessina*, vol. I, Milano 1905, p. 469.

⁴³ Sul tema si vedano: CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano a cura di Enrico Pessina*, vol. II, Milano 1906, p. 246; PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, vol. V°, *Storia del diritto penale*, Padova 1876, p. 64; PESSINA, *Propedeutica al diritto penale*, Napoli 1858, p. 65 e 69; COSTA, *Delitto e pena nella storia della filosofia*, Milano 1924, p. 62; SCHIAPPOLI, *Diritto penale canonico*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano a cura di Enrico Pessina*, vol. I, Milano, 1905, p. 691; CASSINELLI, *Prospetto storico del diritto penale*, Milano 1954, pp. 30 e ss.

⁴⁴ Per un approfondito studio dell'origine filosofica, delle funzioni della pena e dei suoi rapporti con la colpevolezza e la responsabilità umana si veda Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1992, pp.

Già S. Agostino affermava che è la volontà ad orientare l'uomo al peccato oppure ad una vita retta; volontà e peccato *simul stant vel simul cadunt*⁴⁵. Questa valorizzazione dell'elemento soggettivo dell'azione da parte del cristianesimo si esprime anche su un piano che, ai fini della sua influenza sui concetti penalistici, potremmo definire tecnico-domatico. Con il succedersi dei concili, infatti, furono delineati in maniera sempre più precisa i parametri necessari alla riconoscibilità dell'atto volontario, ancorando l'imputabilità del fatto sul piano morale proprio alla volontà. Quest'ultima però poteva essere anche indiretta, sicché l'accadimento era ritenuto imputabile moralmente non solo quando discendeva dalla deliberata condotta del reo, ma anche quando costituiva derivazione indiretta di un'azione voluta. Per questa strada in diversi canoni la responsabilità per omicidio fu basata sulla precedente azione illecita⁴⁶ ed il legame soggettivo con i suoi effetti fu rinvenuto in forme di imputazione che si avvicinano ai concetti di dolo eventuale preterintenzione⁴⁷. Si registra così un ampliamento della nozione di volontà: nella sua sfera non rientravano solo le conseguenze prese di mira dal reo-peccatore, ma anche quelle non direttamente volute, salvo che si fossero verificate per circostanze estrinseche delle quali egli non aveva colpa.

Il concetto di volontà fu poi affinato dalle speculazioni di S. Tommaso D'Aquino. La sua opera si innestò sul pensiero aristotelico e guidò la seconda fase della filosofia cristiana, influenzando non soltanto la teologia, ma anche la scienza giuridica⁴⁸. Il concetto di partenza dell'etica tomistica era la libertà dell'uomo.

39 e ss.; SCORDAMAGLIA, *Colpa, responsabilità e pena*, in *Rassegna Atti del 54° convegno di Cultura M. C. di SAVOIA*, Roma 8-10 giugno 2002, pp. 34 e ss., e in *Riv. it. fil. Del dir.*, n° 3, Lug-Sett. 2004, Roma, pp. 379-425.

⁴⁵ Per un approfondimento sul pensiero giuridico-filosofico su S. Agostino si vedano: COTTA, *La città politica di S. Agostino*, Milano 1960, *passim* e specialmente pp.133 e ss.; D'AGOSTINO, *Il diritto penale come problema teologico*, Torino 1992, pp.114 e ss.

⁴⁶ Così RICCIO, *I delitti aggravati dall'evento*, Napoli, 1936, p.51.

⁴⁷ Ancora CATERINI, op. loc. ult. cit.

⁴⁸ In tema: BROCK, *Tommaso D'Aquino e lo statuto fisico dell'animo spirituale*, in *L'Anima, Annuario di Filosofia*, 2004, a cura di POSSERTI, Milano, 2004, p.67 e ss. Cfr anche CATERINI, op.cit., p. 60; COSTA, *Delitti e pene*, cit., pp.74 e ss.

Poiché solamente l'uomo possiede il libero arbitrio, ovvero la libertà di giudizio, l'atto umano è volontario solo se procede da un principio intrinseco con la coscienza del fine⁴⁹. L'uomo, quindi, esprime la sua volontà in maniera negativa non solo quando persegue un fine malvagio, ma anche quando vuole semplicemente un'azione non buona⁵⁰.

San Tommaso fu tra i primi ad interessarsi della tematica del significato di disvalore conferito alla condotta dal verificarsi di un accadimento. Egli operò una distinzione tra eventi previsti ed eventi imprevisi⁵¹. I primi furono ritenuti sicuramente in grado di influire sul disvalore dell'azione, in quanto l'aver agito pur avendo previsto le possibili conseguenze dimostrerebbe la malvagità del volere. Rispetto agli eventi imprevisi, S. Tommaso introdusse invece il concetto di prevedibilità delle conseguenze, contrapponendolo a quello di accidentalità. In particolare, se ad un dato atto segue un dato evento nella maggior parte dei casi osservati, l'evento assume un significato che contribuisce ad esprimere il (dis)valore della condotta. Ove invece l'evento segua all'azione soltanto in casi sporadici, esso non aggiunge nulla al valore dell'atto in sé considerato. In sostanza, gli unici effetti ritenuti capaci di influire sul valore di una condotta umana erano quelli diretti, ossia concretamente previsti o astrattamente prevedibili, mentre la mancanza di un legame di questo tipo con l'interiorità psichica del soggetto spingeva a considerare gli effetti accidentali ed indiretti all'uopo irrilevanti.

Sul piano dell'imputazione soggettiva S. Tommaso distinse gli eventi intenzionali da quelli casuali, intendendo per tali quelli costituenti effetto non intenzionale della condotta. Questi ultimi, pur non essendo oggetto di volizione diretta, potevano essere voluti od accettati indirettamente. Così, se, in presenza di un obbligo di evitare un dato evento, non si faccia venir meno la causa dalla quale

⁴⁹ S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica, prima pars, secundae partis, quaestio 18, articulus 6*, in *I Classici del pensiero*, a cura di CENTI, Milano 2009.

⁵⁰ S. TOMMASO D'AQUINO, *op.loc.ult.cit., articulus 2*. E *Summa Contra Gentiles*, libro terzo, cap. II°, in *I Classici del pensiero*, op. loc. cit.

⁵¹ Così FINZI, "Previsione senza volizione" nel diritto penale, in *Scuola Positiva* 1922, p. 163.

potrebbe derivare come effetto la morte, l'uccisione è da ritenersi sostanzialmente volontaria. L'Aquinate precisò anche che l'attribuzione di un evento non intenzionale alla volontà umana avviene in maniera diversa, a seconda che esso sia effetto di una condotta di base illecita o di una condotta di base lecita. Nel primo caso, posto che la condotta illecita doveva essere evitata in assoluto, avrebbe dovuto trovare applicazione il principio del *voluntario in causa*, secondo il quale chi volle la causa illecita volle con essa anche l'effetto illecito. Nel secondo caso l'attribuzione dell'evento alla volontà di chi lo aveva materialmente cagionato presupponeva che questi, nell'attuare la condotta lecita, non avesse preso le dovute precauzioni. Un'indagine sull'operato colposo del reo, pertanto, era reputata necessaria soltanto quando egli avesse dato *operam rei lecitae*⁵².

Il pensiero tomista permeò per molti secoli la cultura filosofica ed il diritto penale. Nelle nozioni poc'anzi riportate non è difficile rintracciare il germe di categorie dommatiche ancora oggi attuali nel diritto penale. Nei commentari i concetti originari si riproposero in maniera costante o con poche varianti. Ciononostante venne progressivamente delineandosi una differenza tra imputabilità morale ed imputabilità penale in relazione agli eventi conseguenti a condotte illecite di base. Ai fini della prima, in ossequio all'etica cristiana fondata sull'intenzione, si richiedeva non solo che gli effetti fossero diretta conseguenza della condotta illecita, ma anche il mancato uso dell'opportuna prudenza per evitare detti effetti. Ai fini dell'imputabilità penale, invece, si restò fedeli al canone per il quale era sufficiente che gli effetti fossero conseguenza prodotta dalle caratteristiche intrinseche dell'azione illecita di base, senza che assumesse alcun rilievo l'omessa adozione di accorgimenti. In sostanza, per l'imputabilità morale non si reputava sufficiente il nesso di causalità materiale, ma ad esso doveva aggiungersi o la previsione dell'evento, o l'essere l'azione pericolosa la causa volontaria dell'evento prodotto. Nel campo giuridico-penale, invece, il reo avrebbe risposto delle

⁵² In proposito S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica, secunda pars, secundae partis, quaestio 64, articulus 8*, loc. cit.; TAGLIARINI, *I delitti aggravati dall'evento*, Padova 1979, p. 75.

conseguenze non volute di una sua azione illecita, anche quando avesse agito con la dovuta diligenza⁵³.

4. L'ampliamento dell'ambito di applicazione del reato doloso: teoria del versari in re illicita, dolus praesumptus, dolus generalis, doctrina Bartoli e voluntas indirecta

Nel corso del Medioevo gli interpreti cominciarono a ritenere che il concetto classico del *dolus malus*, incentrato sull'intenzione ed intriso di connotati eticizzanti, non fosse più adeguato per soddisfare tutte le esigenze di repressione e prevenzione progressivamente accentuatesi nella società. Inoltre, esso era poco elastico sul piano probatorio, non riuscendo ad assicurare alla prassi giudiziaria risultati utili rispetto alle suddette esigenze soprattutto nelle ipotesi di divergenza tra il voluto ed il realizzato, in particolare in caso di verifica di un evento diverso da quello che l'agente si era proposto di realizzare⁵⁴. Proprio queste ritenute carenze costituirono le basi (oggi si direbbe le ragioni politico-criminale) per l'evoluzione del concetto⁵⁵.

Per far fronte alle necessità reali o supposte furono praticate tre strade.

Il primo rimedio fu l'ideazione della teoria del *versari in re illicita*, la quale, del resto, trovava il suo seme nell'elaborazione tomistica poc'anzi citata, recepita nel diritto canonico disciplinare e penale. La seconda risposta fu l'estensione del concetto di dolo. Esso fu ripensato in funzione probatoria; impoverito di contenuto per estendere l'ambito della responsabilità dolosa anche alle conseguenze non direttamente volute; alleggerito di consistenza con la previsione di forme di intensità attenuata, tra le quali la *voluntas indirecta*. Il terzo espediente consistette

⁵³ Ancora TAGLIARINI, op. ult. cit., p. 74, il quale rivela come tale affermazione costituisca la conferma del principio *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*.

⁵⁴ Sul punto MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2002, p. 1041, il quale rileva come l'esigenza di rigore espressa nel *ne crimina maneat impunita*, quando ci si trova a fare i conti con il sistema delle prove legali, conduce a sfigurare progressivamente il concetto romanistico di dolo, presumendolo, svuotandolo di contenuto, addirittura assimilandolo alla colpa.

⁵⁵ In tal senso DEMURO, *Prolegomeni*, cit., p. 1411.

nella introduzione di presunzioni processuali, inserite in un processo basato sul sistema delle prove legali⁵⁶.

La teoria del *versari in re illicita*⁵⁷ nacque per la valutazione dei fatti di omicidio e trovò la sua più chiara espressione tra il dodicesimo ed il tredicesimo secolo. Il principio su cui essa si basava era molto semplice: al di là delle ipotesi di dolo e colpa, l'aver posto in essere una condotta non consentita era ritenuta condizione necessaria e sufficiente ai fini dell'imputazione del fatto. Tutte le conseguenze derivanti da detta condotta gravavano sull'accusato, anche quando l'evento si fosse verificato per caso: *versanti in re illicita imputatur omnia quae sequuntur ex delicto*⁵⁸. La teoria influenzò in modo decisivo le successive figure della *doctrina Bartoli*, del *dolus generalis* e del *dolus indirectus*.

Ai problemi di accertamento si diede risposta con l'ideazione della teoria del *dolus praesumptus*⁵⁹. Si sostenne che, nei casi in cui non si fosse riusciti a raggiungere la piena dimostrazione del dolo (*dolus verus o manifestus*), la sussistenza di esso potesse essere presunta fino a prova contraria, purché vi fossero indizi, anche parziali, concreti e determinati, quali, con riferimento al delitto di omicidio, la qualità delle armi ed il modo in cui esse erano state utilizzate dal reo.

Di questa *deminutio probatoria* si teneva poi conto sul piano sanzionatorio: alla *plena probatio* corrispondeva una pena ordinaria, mentre la *sempilena probatio*, pur non portando all'assoluzione dell'imputato, determinava l'irrogazione di una pena diminuita nel *quantum* e spesso lasciata alla discrezione dell'organo giudicante. In

⁵⁶ Ancora DEMURO, op. loc. ult. cit.

⁵⁷ Sul tema si veda il contributo di BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano 2005, p. 358, il quale rileva come, in origine, la regola del *versari in re illicita* fosse stata concepita con la finalità garantistica di limitare l'imputazione delle conseguenze non volute nell'ipotesi in cui derivassero da un fatto base illecito. Il presbitero che avesse cagionato per caso fortuito un omicidio veniva cioè escluso dalla possibilità di assumere cariche ecclesiastiche solamente qualora avesse cagionato la morte altrui attraverso un'attività di per sé illecita. La regola del *versari* apponeva, dunque, un limite alla responsabilità per il mero caso, imperante in quei secoli in cui la tradizione romanistica non era stata ancora pienamente recuperata.

⁵⁸ Cfr. DEMURO, *Prolegomeni*, cit., p. 1433.

⁵⁹ In argomento si rinvia a SBRICOLI, *Giustizia Criminale*, in *Lo stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di FIORAVANTI, Roma-Bari 2002, p. 168; CORDERO, *Criminalia*, op. cit., pp. 233 e 256 e DEMURO, *Prolegomeni*, cit., p. 1438.

tal modo si finiva con il punire anche chi avrebbe dovuto essere assolto secondo le regole ordinarie, con il conseguente rischio di trattare come dolose anche situazioni nelle quali detto atteggiamento soggettivo non era effettivamente presente⁶⁰.

La scienza giuridica e la prassi operarono tuttavia anche mediante l'ampliamento del concetto di dolo sul piano sostanziale. Alla base di questa tendenza, oltre alla difficoltà di provare l'intenzionalità, c'erano anche altre ragioni politico-criminali, ovvero la necessità di punire a titolo di dolo fatti che la coscienza sociale avvertiva come meritevoli della più grave pena prevista per il *dolus verus*, piuttosto che di quella attenuata irrogata nei casi di *semplena probatio*⁶¹.

Venne quindi elaborata una serie di teorie che, lasciando sullo sfondo l'intenzionalità caratterizzante il *dolus malus*, spinsero verso una sostanziale oggettivizzazione del concetto di dolo. L'estensione concettuale portò alla creazione del *dolus generalis*, della *doctrina Bartoli* e della *voluntas indirecta*.

Il *dolus generalis* ha le sue radici nel principio di diritto canonico *versanti in re illicita imputatur omnia quae sequunt ex delicto*⁶². L'essenza del *dolus generalis* consisteva nel ritenere non necessario il riferimento della volontà ad uno specifico, determinato evento, essendo sufficiente che l'autore *in re illicita* avesse agito con dolo in vista della realizzazione di un evento non consentito perché gli si potesse imputare allo stesso titolo anche il fatto non previsto e più grave. L'evento più grave era ricondotto al dolo quando la condotta voluta era *illicita*, purché l'agente non avesse agito nel caso singolo con la convinzione dell'impossibilità di un evento diverso⁶³.

⁶⁰ CORDERO, *Criminalia*, cit., pp. 266-267, il quale richiama W. ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, 2. Aufl. (Leipzig 1885), rist. Aalen 1965, pp. 85-86.

⁶¹ Cfr. EUSEBI, *Appunti sui confini tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2000, p. 1086, il quale, sebbene con riferimento all'attualità, rileva come alla base di un'impostazione del genere vi sia un'opzione politico-criminale realizzata per via giudiziaria, sicché si conferisce rilievo a condotte non intenzionali, ma ritenute ugualmente suscettibili di determinare una responsabilità dolosa.

⁶² Come rilevato da DEMURO, *Prolegomeni*, cit., p. 1440, sulla base di questo principio il canonista Giovanni d'Andrea (1279-1348) sostenne che rispondeva di adulterio colui il quale convivesse con una donna sposata, anche senza essere a conoscenza della circostanza. La condotta di base, infatti, era comunque illecita, costituendo peccato, a prescindere dall'adulterio, la convivenza fuori dal rapporto matrimoniale.

⁶³ Così CORDERO, op. ult. cit., pp. 274-275, il quale, richiamando l'esempio tratto da Giovanni d'Andrea, sottolinea come nelle fonti compaia fra gli elementi del fatto anche *l'abitus matrimonialis* della donna, un

La teoria aveva uno stretto legame con la concezione canonistica della colpevolezza per il peccato, individuato nell'azione vietata posta in essere volontariamente. Colui che ha commesso questo peccato incorre in una maggiore responsabilità, in quanto si è arreso alla forza del male ed ai suoi effetti. Sul piano tecnico-giuridico, tuttavia, la teoria non precisava se il *dolus generalis* costituisse una forma particolare di manifestazione del fatto illecito di base, se si trattasse di un dolo caratterizzato da un oggetto generico o se fosse stato attuato un ampliamento dei confini della fattispecie delittuosa.

Un passo ulteriore fu rappresentato dalla *dottrina Bartoli*. Essa sarebbe divenuta la teoria del dolo dominante nella dottrina e nella giurisprudenza italiane almeno fino al sedicesimo secolo e conteneva una tendenza oggettivizzante nella definizione della nozione di dolo.

Ai fini dell'imputazione dell'evento non intenzionalmente perseguito la *dottrina Bartoli* richiedeva che la condotta illecita iniziale recasse in sé la tendenza verso l'ulteriore evento e che questa fosse tale da implicarne la previsione e l'accettazione da parte dell'agente. Si trattava di una situazione ricorrente in particolar modo negli atti di violenza sfociati nella morte o nelle lesioni gravi a carico dell'agredito⁶⁴. Per questa via si poneva un primo limite all'imputazione indifferenziata degli eventi ulteriori secondo la teoria del *versari in re illicita*. Non bastava un atto compiuto nella consapevolezza della sua pericolosità, occorrendo anche che l'autore avesse calcolato i rischi, assumendoli su di sé con la risoluzione ad agire qualunque cosa fosse capitata. La colpa cosciente era invece riscontrata nell'ipotesi in cui, nel calcolo prognostico, l'agente avesse escluso l'evento più grave.

Nella dottrina di Bartolo si intravedono caratteristiche della categoria del dolo eventuale. L'essenza della teoria è fondata sulla tendenza oggettiva dell'azione a realizzare l'evento, tale da far ritenere che l'autore non potesse che esserne conscio e, quindi, che agisse sicuramente con dolo. La base oggettiva, in sostanza, diviene

elemento cioè che costituiva un indizio importante da cui appare diagnosticabile, secondo l'Autore, un dolo almeno eventuale del convivente.

⁶⁴ V. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 273.

elemento strutturale del coefficiente di imputazione. Sul piano tecnico-giuridico essa si risolveva nel ritenere l'adeguatezza causale sufficiente sia per l'imputazione oggettiva che per quella soggettiva, sicché l'autore della condotta criminale dovesse rispondere di ogni evento che, al momento dell'azione, si delineasse come conseguenza con una certa probabilità oggettiva. In sostanza la prevedibilità particolarmente accentuata viene considerata requisito sufficiente per affermare la previsione e la volontà delle conseguenze⁶⁵.

Questa caratteristica oggettivizzante facilitò enormemente la prova del dolo e fu la ragione della longevità della *dottrina Bartoli*. Quest'ultima, a differenza della dottrina del *dolus generalis*, non cercava di stabilire ad ogni costo un rapporto di volontà tra l'*animus* dell'autore e l'evento non intenzionale assimilabile a quello caratteristico del *dolus malus*, ma rinunciava ad attribuire valore a tale relazione volitiva. Essa, quindi determinò un'estensione dei confini della responsabilità secondo la logica del *versari in re illicita*. Alla dottrina italiana del periodo importava esclusivamente il risultato pratico di poter applicare la pena ordinaria anche nei casi in cui non si riusciva a dimostrare che l'evento era stato preso di mira. Il reo avrebbe risposto *ac si habuisset animus occidendi*; in tal modo non si ampliava il concetto di dolo romanistico, ma l'ambito di applicabilità della pena ordinaria, mediante una presunzione di dolo⁶⁶.

Grazie alle riflessioni di Bartolomeo da Saliceto e di Baldo degli Ubaldi si passò dalla relazione puramente oggettiva delineata nella *dottrina Bartoli* all'elaborazione

⁶⁵ Si vedano CORDERO, op. ult. cit., p. 276; DEMURO, op. ult. cit., p. 1442; PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 274.

⁶⁶ In tal senso DEMURO, op. loc. ult. cit. *Contra*, DELITALA, *Dolo eventuale*, cit., p. 436, secondo il quale, invece, la dottrina di Bartolo comportava un superamento della nozione romanistica del dolo e non solo un'estensione della responsabilità. Secondo Delitala, la sufficienza, per la sussistenza del dolo, della semplice prevedibilità della conseguenza lesiva era una necessità obbligata dal sistema processuale: infatti un giudizio sulla sussistenza effettiva della previsione da parte del colpevole era inammissibile perché avrebbe presupposto il principio del libero convincimento del giudice in un'epoca in cui invece il processo era dominato dalle presunzioni e dalle prove oggettive. La genesi logica della dottrina riposerebbe sul concetto di previsione, come dimostrerebbe il fatto che pur importando identica pena, previsione e prevedibilità sono concettualmente distinte dalla maggior parte degli autori. Secondo questa impostazione, dunque, la prevedibilità rappresenta in fondo la prova o, meglio la presunzione della previsione effettiva, dato che le conseguenze generalmente prevedibili sono generalmente previste. I due concetti finivano così per apparire come due termini perfettamente fungibili in un sistema dominato dal principio delle prove oggettive.

di un adeguato coefficiente di imputazione soggettiva. I due studiosi reputarono necessario che l'autore della condotta pericolosa fosse anche consapevole delle conseguenze della stessa. Egli, in sostanza, doveva agire con dolo diretto nei confronti dell'evento base (la condotta), accompagnato dalla percezione effettiva e non semplicemente presunta del probabile verificarsi di eventi tipici ulteriori. Il rimprovero mosso al reo consisteva nel non aver tenuto in conto l'ulteriore probabile sviluppo degli avvenimenti. Ci si accontentava così di un dolo di pericolo, comprendente in maniera indistinta situazioni riconducibili tanto all'azione compiuta con dolo eventuale, quanto a quella posta in essere con colpa cosciente⁶⁷.

Un ulteriore sviluppo verso una forma di imputazione soggettiva assimilabile all'odierno dolo eventuale è costituita dalla dottrina della *voluntas indirecta* elaborata da Diego Covarruvias⁶⁸.

La figura si basava sull'idea che nella volontà della causa risieda indirettamente la volontà dell'effetto, in forza della presunzione logica *juris tantum* rispetto a quegli effetti connessi alla condotta secondo una certa regolarità causale⁶⁹. La teoria della *voluntas indirecta* si distingue da quella del *versari in re illicita* in quanto, mentre in quest'ultima domina la presunzione di una volontà cattiva manifestatasi nella violazione del divieto, che consente di considerare colpevole ogni conseguenza, la prima si caratterizza per una volontà riferita anche all'evento specifico, sebbene inferita dalla volontà dell'azione pericolosa.

Applicando queste speculazioni al reato di omicidio, Covarruvias distinse tra i casi in cui l'autore avesse agito con *animus occidendi* (una situazione psichica assimilabile al dolo intenzionale romanistico) e quelli in cui la condotta fosse stata realizzata con volontà indiretta. Egli elaborò così le figure dell'*homicidium*

⁶⁷ V. DEMURO, op. ult. cit., p. 1445.

⁶⁸ PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 275 ritiene invece che nella teoria di Covarruvias non vi fossero reali innovazioni rispetto alla *doctrina Bartoli*, trattandosi piuttosto di due diverse formulazioni del medesimo principio.

⁶⁹ La volontà, per Covarruvias, poteva riferirsi all'evento *directe et per se* oppure *indirecte et per accidens*; in quest'ultimo caso il volere della causa era mediatamente inteso anche come volere dell'effetto. V. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 275.

voluntarium voluntate directa commissum (corrispondente a quello commesso con dolo intenzionale), dell'omicidio *voluntarium voluntate indirecta commissum* (comprendente i casi che oggi rientrerebbero nell'ambito applicativo del dolo eventuale e della colpa con previsione) ed, infine, dell'*homicidium casuale*, nel quale rientravano tutte le altre ipotesi, tra le quali anche quelle di colpa incosciente⁷⁰.

Sul piano dell'ambito di applicazione, tuttavia, la dottrina della *voluntas indirecta* non si differenziava dalla *doctrina Bartoli*: come quest'ultima, infatti, racchiudeva in un'unica categoria di imputazione soggettiva tutte le conseguenze prevedibili dell'azione base commessa con dolo, senza distinguere tra dolo eventuale e colpa con previsione. C'erano invece differenze apprezzabili sul piano concettuale e sanzionatorio. Mentre per la *doctrina Bartoli* la volontà della condotta era causa sufficiente di imputazione, la dottrina della *voluntas indirecta* cercò di conciliare il risultato con il principio che solo le conseguenze volute sono da imputare all'agente. Quanto al profilo sanzionatorio, come si è visto la *doctrina Bartoli* prevedeva l'applicazione della pena ordinaria. Secondo Covarruvias, invece, la volontà indiretta comportava un grado minore di colpevolezza e, di conseguenza, ad essa poteva conseguire soltanto l'irrogazione di una pena straordinaria⁷¹.

⁷⁰ *Directe enim fertur voluntas in homicidium, quando quis animum habet occidendi; et haec est perfecta propriaque homicidii malitia. Indirecte autem et per accidens, fertur voluntas in homicidium, quoties fertur in id, ex quo immediate et per se non per accidens, homicidium sequitur. Nam in id, quod per accidens sequitur, nullo modo fertur voluntas nec directe, nec indirecte.* Si è osservato che con questi principi Covarruvias intendeva spiegare anche l'omicidio colposo, accomunando nel concetto di volontà dolo eventuale e colpa con previsione. V. PECORARO ALBANI, op. loc. ult. cit.

⁷¹ Si veda DELITALA, op. ult. cit., p. 439, il quale definisce le due dottrine, quella di Bartolo e quella del dolo indiretto, due diverse formulazioni del medesimo principio. Covarruvias avrebbe dunque posto, accanto alla presunzione su cui si basava Bartolo, la regola su cui quella presunzione si edificava. Secondo l'Autore Bartolo sosteneva che le conseguenze prevedibili sono da imputarsi a titolo di dolo, sottintendendo che debbono imputarsi a titolo di dolo, perché, essendo prevedibili, devono essere state previste, e, essendo state previste, devono essere state volute; Covarruvias, invece, diceva più semplicemente che le circostanze prevedibili possono riportarsi anch'esse alla volontà dell'agente perché la volontà della causa è anche, direttamente o indirettamente, volontà del risultato previsto. Secondo Covarruvias chi per esempio intende ferire una persona e cagiona per un colpo più forte la morte è *homicida voluntarius* perché la sua volontà si dirige direttamente al ferimento ed indirettamente a tutte le conseguenze naturali che derivano da esso, concetto che secondo il canonista spagnolo si riconnette direttamente al pensiero di San Tommaso, secondo cui il peccato diventa più grave quando da un'azione deriva necessariamente o solitamente un evento più grave.

Non è difficile ritrovare in questa impostazione l'idea per la quale il dolo eventuale costituirebbe la forma meno grave di dolo, in quanto caratterizzata da una volizione che, essendo indiretta, assume minore intensità.

5. Dal *dolus indirectus* di Carpzov alla *praesumptio doli* di Feuerbach

La teoria del dolo elaborata da Covarruvias fu recepita ed affinata da Carpzov, la cui dottrina del dolo indiretto avrebbe poi dominato fino all'Ottocento. Si pervenne così alla conclusione che dovevano ritenersi dolosi tutti gli ulteriori effetti che, pur non essendo stati considerati, avrebbero dovuto essere presi in considerazione da parte dell'agente o almeno avrebbero potuto esserlo. In tal modo furono compresi nell'ambito applicativo del dolo e sulla base di criteri oggettivi anche fatti colposi od incolpevoli, in un'ottica puramente repressiva. Inoltre nell'impostazione seguita da Carpzov la sanzione da infliggere al reo che avesse agito con dolo indiretto non avrebbe dovuto in alcun caso essere diminuita rispetto a quella prevista per il reato commesso con dolo intenzionale, così come accadeva nella *doctrina Bartoli*⁷².

L'evoluzione concettuale trovava la sua ragion d'essere nella *Constitutio Criminalis Carolina* del 1532. Posto che, in forza di tale normativa, il regime probatorio del dolo era piuttosto rigoroso, in quanto tale profilo soggettivo poteva essere provato solo con la confessione del reo e non anche per mezzo di indizi, si preferì operare sul piano sostanziale, con l'ampliamento della nozione di dolo rilevante per il diritto penale, incentrandone peraltro l'esistenza sulle caratteristiche esteriori della condotta⁷³. In sostanza quelle esigenze repressive che in passato avevano operato sul piano probatorio, mediante l'introduzione di semplificazioni nell'accertamento del dolo, pur concettualmente identificato nel *dolus malus*, vedevano compiersi un salto di qualità, penetrando nella struttura stessa

⁷² Per Carpzov era da applicare la pena ordinaria dell'omicidio anche quando l'intenzione dell'agente era diretta al ferimento, ma questo necessariamente doveva condurre alla morte, o poteva cagionarla possibilmente e l'ha effettivamente prodotta. Il concetto di dolo era così ampio da travalicare nel campo della colpa. V. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 276 e MOCCIA, *Carpzov e Grotio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1979, spec. pp. 35-36.

⁷³ Carpzov, dunque, formulò la teoria del dolo indiretto per potere impedire al reo di eccepire, dopo la morte dell'agredito, che egli aveva voluto solamente ferire la vittima. Si veda VOLK, *Dolus ex re*, in *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli 1998, pp. 112-113.

dell'elemento di imputazione. In questo modo si aggirarono i divieti probatori previsti dalla *Constitutio Carolina* con la previsione di una nuova forma di dolo dimostrabile *ex re*, ovvero sulla base delle caratteristiche oggettive della condotta⁷⁴.

La strada era ormai spianata per l'affinamento del concetto di dolo indiretto in direzione di nozioni più vicine a quelle di dolo eventuale proposte dalla dottrina più recente. Dopo Carpzov, infatti, si iniziò a ravvisare l'essenza del dolo indiretto nell'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento. Per imputare un evento non preso di mira dall'agente si ritenne non più sufficiente che egli avesse voluto la causa che lo aveva determinato, ma occorreva che egli avesse consentito alla eventualità del suo verificarsi⁷⁵. Si andò in sostanza alla ricerca di un più marcato coefficiente volitivo rapportabile all'evento. Tuttavia si trattò di un'accortezza adoperata nella elaborazione della struttura del dolo, laddove, sul piano probatorio, le esigenze di semplificazione dell'accertamento processuale continuarono a dominare⁷⁶. Si ritenne infatti che il consenso e, dunque, la volontà potessero essere inferite automaticamente dalla previsione dell'evento⁷⁷.

⁷⁴ VOLK, op. loc. ult. cit.; EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia 1993, pp. 111 e ss.; PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 277-278, ove, con riferimento alle tesi elaborate da Leyser e Böhmer, si fa notare che il concetto di *animus indirectus* cui essi facevano riferimento non era più la volontà indiretta del Covarruvias, ma *animus eventualis*, volontà che si dirige all'evento, in quanto l'agente esprime consenso al (ovvero approva il) suo verificarsi. Böhmer in particolare richiedeva la coscienza della possibilità dell'evento, laddove Carpzov faceva dipendere la sussistenza del *dolus indirectus* dal fatto che il soggetto aveva potuto e dovuto prevedere il possibile verificarsi dell'evento.

⁷⁵ V. VOLK, op. ult. cit., pp. 109 e 110 in relazione a MITTERMAIER, *Über den Begriff und die Merkmale des bösen Vorsatzes*, in *Neues Archiv des Criminalrechts* 2 (1818), pp. 515 e ss. e a WEBER, *Über die verschiedenen Arten des Dolus*, in *Neues Archiv des Criminalrechts* 7 (1825), IV, pp. 559 e ss.

⁷⁶ Ancora VOLK, op. loc. ult. cit.

⁷⁷ Secondo DELITALA, *Dolo eventuale*, cit., pp. 440-441, alla radice di questa costruzione del dolo vi sarebbe la teoria elaborata da Cristiano Wolff (1679-1754) nella sua *Practica Philosophica universale*. Ad avviso di Wolff, l'agente, prevedendo la possibilità di un risultato diverso e più grave, dovrebbe astenersi dal compiere l'azione. Se la compie significa che il suo animo non rifugge dal risultato. Pertanto anche questo risultato deve considerarsi volontario perché la situazione, di fatto, pone l'agente di fronte all'insormontabile dilemma di dover rinunciare all'azione o volere, compiendo l'azione, tutte le conseguenze previste e possibili dell'azione medesima. Questa evoluzione del dolo indiretto in direzione del dolo eventuale postula il riconoscimento di una sorta di dolo di pericolo, a tutt'oggi funzionale ad una normativizzazione del concetto di dolo. Si veda anche PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 278-280, il quale, con riferimento al concetto di *animus eventualis* elaborato da Böhmer ed ai relativi aggiustamenti da parte di Nettelbladt, sottolinea come la sussistenza del coefficiente soggettivo venga inferita dalla previsione della possibilità dell'evento, dalla quale si deduceva senz'altro il consenso dell'agente alla verifica delle conseguenze della condotta. In sostanza, nonostante l'affinamento concettuale rispetto alla teoria del *dolus indirectus* di Carpzov ed il

Dopo un lungo predominio nella teoria e nella prassi, alla fine del diciottesimo secolo l'impostazione alla base della teoria del dolo indiretto fu oggetto di ripensamenti a seguito dell'affermarsi del principio dell'*in dubio pro reo*. Nel momento in cui cominciava ad affermarsi l'idea secondo cui sarebbe stato preferibile evitare che un soggetto incolpevole potesse essere condannato, anche quando ciò comportasse l'impunità di molti in realtà colpevoli, gioco forza dovevano essere rimediate quelle figure di dolo escogitate per rispondere all'esigenza politico-criminale di facilitare la prova della volontà.

Gli illuministi rifiutarono quindi l'esasperato ampliamento del concetto di dolo avvenuto in epoca medioevale. Feuerbach si fece interprete di questa esigenza e ricondusse il dolo alla sua matrice originaria di dolo intenzionale⁷⁸.

Le esigenze della prassi applicativa, tuttavia, influenzarono ugualmente l'elaborazione concettuale. Lo stesso Feuerbach, infatti, pur non affiancando al dolo intenzionale altre forme di dolo, adottò il concetto in un'accezione estensiva, ideando, da un lato, il dolo determinato, allorquando l'evento verificatosi avesse costituito la finalità che aveva indotto all'azione l'agente; dall'altro il dolo indeterminato, o eventuale, sussistente ove l'autore fosse stato alternativamente orientato a più violazioni del diritto, indifferente a quale di queste violazioni si sarebbe realizzata, ma sempre in dolo in riferimento a quella effettivamente realizzatasi⁷⁹. In questo modo egli ritenne di essere rimasto fedele all'idea romanistica, muovendosi nell'ambito di forme di dolo tutte contrassegnate dall'intenzione, sebbene intesa in un'accezione più ampia. Trasferì dall'ambito applicativo del dolo a quello della colpa (la *culpa dolo determinata*) l'imputazione

superamento dell'assimilazione di prevedibilità e previsione effettiva, il profilo volontaristico del dolo era pur sempre basato su considerazioni oggettive.

⁷⁸ Così DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante, un contributo di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1979, p. 441.

⁷⁹ Come già ricordato da FINZI, "*Previsione senza volizione*", cit., p. 163 Feuerbach, nella *Critica al progetto di Kleinschrod* imputa l'evento non voluto a titolo di dolo allorché fu previsto come possibile o probabile.

degli eventi non intenzionali, mediante i canoni della previsione e della prevedibilità delle conseguenze⁸⁰.

Inoltre, sebbene la teoria del dolo di Feuerbach nei suoi passaggi essenziali abbia costituito un punto di riferimento per la maggior parte della dottrina penalistica, al recupero della nozione romanistica di dolo sul piano sostanziale si accompagnò pur sempre l'elaborazione di presunzioni di dolo, giustificate dalle solite esigenze probatorie e politico criminali⁸¹.

Del resto la presunzione di dolo trovò la sua formulazione nello stesso pensiero di Feuerbach⁸². Sempre l'illustre penalista la codificò come regola generale di accertamento nell'articolo 43 del codice penale bavarese del 1813; la norma prevedeva che "Quando si deve dimostrare contro una persona un fatto antigiuridico, viene legalmente ammesso che lo stesso ha agito con dolo antigiuridico, a meno che da tali particolari circostanze non risulti la certezza o la probabilità del contrario". Tale disposizione, ad ogni modo, fu interpretata nella prassi come semplice massima di esperienza per la prova del dolo, trasformandosi da *praesumptio legis* a *praesumptio hominis*, sicché il rischio della mancata prova di circostanze che lasciassero ragionevolmente supporre una deviazione dal normale corso degli accadimenti ricadeva di fatto sull'imputato.

Solo verso la metà dell'Ottocento le clausole generali di presunzione dell'elemento soggettivo andarono scomparendo nelle legislazioni europee, cosicché la prova del dolo divenne un problema di scelte giurisprudenziali nell'applicazione e nella ricostruzione del fatto alla luce di indizi. Lo stesso

⁸⁰ Ancora DOLCINI, op. ult. cit., pp.765-766.

⁸¹ In tal senso DEMURO, *Prolegomeni*, cit., p. 1451; v. anche VOLK, op. ult. cit., pp. 117-118.

⁸² V. DEMURO, op. ult. cit., p. 1452, ove si fa presente che la presunzione generale di dolo trova la sua espressione classica proprio nel pensiero di Feuerbach, il quale, in *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 4. Aufl., Giessen 1808, pp. 59-60, precisa che, poiché nelle azioni umane la natura dello spirito umano può permettere la spiegazione più immediata dell'intenzione di una persona, deve ritenersi che la produzione di un effetto per mezzo di un'azione volontaria, senza che quell'effetto sia stato scopo della volontà, rappresenti solo una particolare eccezione ad una regola generale. Così anche un effetto antigiuridico prodotto attraverso un'azione volontaria deve essere riconosciuto come scopo della volontà, a meno che non si mostrino motivi sufficienti per una eccezione.

Feuerbach rinunciò all'idea di una presunzione del dolo nella nona edizione del suo manuale di diritto penale *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, Giessen, 1826⁸³.

6. *L'affinamento tecnico-giuridico del concetto: Scuola Classica e Scuola Positiva, teoria della volontà e teoria della rappresentazione*

L'analisi dell'evoluzione del concetto di dolo fin qui compiuta dimostra che a metà Ottocento erano già stati delineati i tratti salienti del dolo eventuale ed era altresì sufficientemente profilato il retroterra culturale e filosofico sotteso all'estensione dello stesso dalla volontà basata sull'intenzione a quella comprendente l'accettazione del rischio.

Come si è visto, nelle fonti antiche il dolo non era mai descritto in una formula legislativa generale e astratta, ma era considerato un concetto etico, pre-giuridico che si presentava commisto a precetti di natura religiosa e sacrale. L'identificazione del male era in origine semplice. Esso si sostanziava nelle aggressioni alla persona e al patrimonio; etica, religione e diritto penale non avevano problemi di convivenza, ma anzi coincidevano.

Nel mondo greco le fonti più significative per lo studio dell'elemento soggettivo sono le opere di Platone e Aristotele, nelle quali si trovano non solo definizioni di volontarietà e involontarietà, ma anche riflessioni interessanti sulla questione delle tipologie di comportamento non razionali, così come sulle cause del comportamento umano sbagliato. Nell'*Etica Nicomachea* di Aristotele vi sono anche riferimenti alla colpevolezza (in particolare alla nozione di scelta), i quali costituiscono le basi della filosofia aristotelico-tomistica⁸⁴. Alla luce dell'analisi compiuta in precedenza, inoltre, può dirsi che un ulteriore contributo alla categoria della colpevolezza ed alla definizione del dolo come scelta per il male provenne dal Cristianesimo, attraverso le approfondite elaborazioni della Canonistica medievale, della Scolastica, dei Postglossatori e del Giusnaturalismo settecentesco, fino al pensiero giuridico moderno.

⁸³ V. EUSEBI, op. ult. cit., p. 114 e VOLK, op. ult. cit., p. 113.

⁸⁴ SEVERINO, *La Filosofia Antica*, Milano 1984, p. 16.

Il fondamento filosofico della categoria del dolo si delineò con ancora maggiore precisione concettuale nell'etica teorizzata da Kant. L'uomo venne ritenuto libero di fronte alla sua coscienza. Il giudizio morale, dunque, doveva essere commisurato alla volontà con cui egli aveva agito: da ciò che egli decideva dipendeva la moralità della sua azione e, conseguentemente, la responsabilità per gli effetti da essa scaturiti. Alla base della responsabilità c'era dunque la buona o la cattiva intenzione, senza spazio per la tematica dell'errore.

Le caratteristiche della responsabilità penale erano collegate a queste premesse. Il concetto di colpevolezza, che traduceva sul piano dommatico la funzione della responsabilità penale, si fondava sulla struttura del dolo⁸⁵. La dottrina della colpevolezza era basata sull'idea dominante dell'etica dell'intenzione ed il suo sviluppo teorico non costituiva altro che il continuo adeguarsi a questi principi, nello sforzo di comprendere in una superiore unità tutti gli atteggiamenti psichici a cui il diritto penale attribuiva rilevanza. La validità del retroterra culturale sarebbe venuta meno soltanto a seguito della scoperta del valore normativo del delitto colposo, che avrebbe messo in discussione non solo l'esistenza di un comune denominatore con il dolo, ma anche la dimensione stessa della responsabilità. L'elaborazione e lo sviluppo della concezione normativa della colpevolezza avrebbero segnato anche la fine dell'influenza dell'etica di intenzione nel diritto penale moderno⁸⁶.

A questa base etica che comportava l'identificazione della colpevolezza e del dolo con la scelta comportamentale in favore del comportamento antiggiuridico, ravvisabile anche nell'atteggiamento di chi agisce con dolo eventuale, si accompagnavano esigenze di prevenzione generale, legate alla necessità di non lasciare impunte condotte reputate dannose per il vivere civile e meritevoli di sanzione penale, ancorché non animate dall'intenzione propriamente intesa. Queste esigenze si esprimevano anche sul piano probatorio, con la definizione di una base

⁸⁵ V. SANTAMARIA, *Interpretazione e dommatica nella dottrina del dolo*, Napoli 1961, p. 37.

⁸⁶ Per gli sviluppi del concetto v. SANTAMARIA, Voce *Colpevolezza*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano 1960, pp. 646 e ss.

oggettiva per l'accertamento della scelta comportamentale, idonea a neutralizzare ogni possibile falla determinata dalla difficoltà di accertare l'intenzione.

In sostanza, a metà Ottocento risultavano già ben delineate le basi politico-criminali del dolo eventuale: assimilazione all'intenzione, nell'ambito di una superiore categoria della colpevolezza retta dall'idea di scelta comportamentale da punire in funzione di retribuzione del male; prevenzione generale, ovvero estensione del giudizio di meritevolezza di pena anche a condotte non connotate da intenzionalità, tuttavia tali da necessitare dell'applicazione della sanzione penale.

Nella seconda metà dell'Ottocento, quindi, la riflessione penalistica si concentrò prevalentemente sull'affinamento dommatico e tecnico-giuridico dei concetti elaborati fino a quel momento, con l'obiettivo di razionalizzare il sistema penale allo scopo di renderlo uno strumento utile per prevenire effettivamente il crimine e, simultaneamente, per combattere l'arbitrio giudiziario.

Nella dottrina italiana questa tendenza analitica, nella quale viene identificata la nascita della moderna scienza del diritto penale, trovò la sua origine nella cosiddetta Scuola Classica⁸⁷, il cui maggior rappresentante fu Francesco Carrara.

La concezione del reato come *ente giuridico* elaborata da parte della scuola classica avrebbe posto le basi della teoria generale del reato in senso moderno. L'illecito cominciò ad essere studiato non più solo come fenomeno empirico, naturalistico e sociale, bensì come ente concettuale che assume rilevanza *sub specie iuris*.

Il reato come ente giuridico venne identificato con l'azione umana scaturita dalla libera volontà di un soggetto moralmente responsabile e pienamente imputabile. Anche la concezione giuridica del reato della scuola classica sottintende, quindi, una visione dell'uomo cara al liberalismo individualistico e tipica dello spiritualismo cattolico o idealistico. Ciascun uomo veniva considerato capace di autodeterminazione responsabile, in quanto dotato di libero arbitrio; il delitto, di

⁸⁷ È opportuno avvertire subito che questa scuola di pensiero sarebbe stata definita "classica" in un secondo momento, allo scopo di contrapporla alla cosiddetta "scuola positiva"; in tal senso SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale. La "rivista penale", di Luigi Lucchini 1874-1900*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano 1987, p. 109 e ss.

conseguenza, non sarebbe mai il risultato delle circostanze del caso e dell'ambiente esterno, ma trarrebbe origine sempre da una scelta individuale colpevole.

In tale contesto la principale forma di espressione dell'elemento soggettivo fu individuata nella volontà intenzionale, con l'eccezione del dolo eventuale, per la configurabilità del quale era ritenuta sufficiente la sola rappresentazione. L'essenza del dolo veniva individuata nella volontà della condotta e nella coscienza dell'antigiuridicità, *id est* nell'intenzione di realizzare un atto che si conosce contrario alla legge. L'oggetto del dolo era l'azione cosciente e volontaria; per questo il dolo eventuale (ovvero indeterminato o indiretto) era ritenuto ammissibile, in quanto, voluta la condotta, erano considerate volute anche tutte le potenziali conseguenze, specie se previste come statisticamente probabili. La volontà era riferita all'atto: il dolo faceva passare l'agente dallo stato generale di imputabilità allo stato speciale di imputabilità per quel determinato fatto, in quanto la sua potenza si era in atto esercitata in rapporto all'azione criminosa, cui si era determinato con volontà illuminata. Centro del dolo era l'intenzione e non la coscienza, l'intenzione come atto di volontà⁸⁸.

Carrara identificava invece il dolo eventuale con il dolo indeterminato, specificando che è tale il dolo⁸⁹ “dal quale è informato l'uomo che si è diretto ad un fine pravo, prevedendo ancora che dai suoi atti possa derivarne un evento più grave, ma senza desiderare e volere codesto effetto: anzi sperando che non accada”. “Questa fase speciale dell'animo malvagio non può equipararsi alla colpa: perché la colpa suppone che l'evento non siasi preveduto. Ma è uno stato intermedio tra il pieno dolo e la piena colpa; che appartiene però sempre alla specie del dolo, per la volizione del mezzo con la previsione dell'effetto più grave. Nel dolo indeterminato l'ha preveduto ma non lo ha voluto; nella colpa non l'ha né preveduto né voluto; e

⁸⁸ Per una ricostruzione dei vari aspetti del pensiero dell'Autore sull'elemento soggettivo del reato risulta fondamentale la lettura degli *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I, Lucca 1870, voce *Dolo*, p. 291 e ss; in argomento anche DE FRANCESCO, *La concezione del dolo in Francesco Carrara*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, p. 1351 e ss. ed ampia bibliografia *ivi* riportata. Più in generale, sull'elaborazione dottrinale di Carrara si veda AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, in *Atti del convegno internazionale*, Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1988, Milano 1991.

⁸⁹ CARRARA, *Opuscoli*, cit., p. 306.

soltanto lo poteva prevedere”. In conclusione, per Carrara il dolo era riferito alla volizione dell’azione e la previsione era completamente estranea alla colpa⁹⁰: “Non si può riferire alla colpa la preterintenzionalità, perché della colpa la imprevisione costituisce la essenza. Ed è impossibile a dirsi che chi bastona un nemico, benché senza intenzione di ucciderlo, non abbia preveduto che ne potesse seguire la morte. È più genuino ritenere che prevede cotesto rischio: ma dominato dalla passione volle correre il rischio medesimo. E sebbene ei propriamente non desiderasse quella morte che cagionò, pure amò meglio esporsi al pericolo di recar morte, anziché lasciare senza sfogo lo sdegno che lo eccitava ad offendere”⁹¹.

Di alcun tipo di riconoscimento era invece fatta oggetto la colpa con previsione. In quel contesto storico-sociale la categoria del reato colposo non aveva ancora assunto quell’autonomia concettuale oggi riconosciuta, anche perché non si era

⁹⁰ CARRARA, op. ult. cit., p. 313.

⁹¹ Si è lungamente dibattuto se il pensiero di Francesco Carrara fosse da ricondursi alla schiera dei sostenitori del criterio della rappresentazione o di quello della volontà. Per la seconda delle soluzioni indicate propende DE FRANCESCO, *La concezione del dolo in Francesco Carrara*, cit., pp. 1353-54. Rileva infatti l’Autore che ad un primo esame parrebbe che Carrara, mentre da un lato affermava che il connotato essenziale del dolo fosse la volontà, dall’altro si accontentasse, in alcuni casi, della sola previsione. Così, quando negli scritti sul dolo (CARRARA, *Sunto di una lezione sul dolo*, in *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto*, 1860, p. 161; ID., *Dolo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, cit., p. 306; ID., *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, vol. I, 1886, p. 107; *Parte speciale*, vol. VII, 1881, pp. 89-119; *Parte speciale*, vol. VII, 1883, p. 375) egli sostenne che nel dolo indeterminato -ritenuto sostanzialmente omologo rispetto alla “volizione indiretta positiva” e cioè al dolo eventuale- “il soggetto prevede ma non volle il risultato”, avrebbe spezzato una lancia a favore della teoria della rappresentazione pur avendo aderito in linea di principio ad una concezione del dolo come volontà. Ad una analisi più approfondita, tuttavia, appare evidente come l’Autore abbia accolto l’accezione volontaristica anche in riferimento alla ricostruzione del dolo eventuale. Carrara asserisce più volte che tale forma di dolo si configura allorché l’agente abbia accettato il rischio dell’evento, abbia perseverato a costo di realizzarlo, non si sia lasciato distogliere dalla previsione della possibilità concreta della sua verifica, e così via dicendo (CARRARA, *Dolo*, cit., p. 313; *Programma, parte generale*, cit., p. 124). Quell’atteggiamento volitivo che oggi attribuiamo al dolo eventuale, coincide dunque perfettamente con la sostanza del dato psichico che Carrara considerava caratteristico della cosiddetta “intenzione indiretta positiva”. Si veda anche DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, pp. 145 ss, e pp.148 e ss.

Per quanto riguarda invece la colpa cosciente è stato affermato che Carrara, disconoscendone l’esistenza, avrebbe esteso l’ambito del dolo a scapito della colpa, ritenendosi che l’Autore avrebbe equiparato la colpa cosciente a quella incosciente. Al più le sue affermazioni hanno fornito lo spunto per ricostruzioni volte a sottolineare come alla colpa cosciente debba essere riservato un ambito estremamente circoscritto in favore di un più ampio riconoscimento ora della colpa incosciente, ora dello stesso dolo eventuale. V. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-52, pp. 222 e ss; DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., pp. 448 e ss. Secondo De Francesco, tuttavia, non fu un’incuranza di Carrara, o una sua insicura adesione alla teoria della volontà ad indurlo ad una sostanziale negazione della colpa cosciente, ma il contesto sociale in cui questi operava, cui si deve imputare l’assenza di una matura consapevolezza delle tipologie strutturali del reato colposo (v. *La concezione del dolo*, cit., p. 1364).

Si veda anche PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 280-281, ove si sottolinea che nel pensiero del Carrara il *dolus indirectus* della tradizione viene posto alla base della figura della preterintenzione.

ancora posta con particolare intensità l'esigenza di regolamentare, trovando un equilibrio tra interessi contrapposti, attività intrinsecamente pericolose, ancorché socialmente utili e, quindi, consentite⁹².

Sul piano squisitamente dommatico, si deve a Carrara la scomposizione strutturale dell'illecito penale in un elemento oggettivo o materiale (*forza fisica*) e in un elemento psicologico (*forza morale*), secondo un modello di analisi che anticipava la teoria bipartita del reato e che esercitò un notevole influsso nell'elaborazione sistematica dell'illecito penale⁹³.

⁹² In tal senso MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano 1965, pp. 2 ss.; DE FRANCESCO, op. ult. cit., pp. 1362-1363.

Nel codice sardo del 1859, l'art. 569 escludeva l'applicabilità della disciplina della preterintenzione quando il delinquente avesse potuto facilmente prevedere le conseguenze del proprio fatto; la facile prevedibilità delle conseguenze letali del ferimento portava a qualificare il fatto come omicidio volontario. Sul punto si veda PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 281-282.

Il codice Zanardelli non contemplava una definizione precisa del dolo e della colpa, facendo genericamente riferimento alla volizione del fatto costituente il delitto, senza specificare se essa dovesse rapportarsi alla condotta, all'evento o ad entrambi. L'art. 45 del codice, infatti, non distingueva il dolo dalla colpa in maniera espressa, demandandone il compito all'attività interpretativa della dottrina e della giurisprudenza. Disponeva: "Nessuno può essere punito per un delitto, se non abbia voluto il fatto che lo costituisce, tranne che la legge lo ponga altrimenti a suo carico, come conseguenza della sua azione od omissione"; il secondo comma disciplinava l'elemento soggettivo delle contravvenzioni.

La dottrina, partendo da tale disposizione, era solita affermare l'inesistenza della colpa con previsione e l'esistenza del dolo indiretto o determinato *ab exitu*, sostanzialmente equivalente all'odierno dolo eventuale, in adesione all'impostazione elaborata da Carrara. Il quadro degli elementi soggettivi era completato dalla preterintenzione e dalla colpa nella sua accezione base.

Illuminanti a riguardo sono le riflessioni di MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, 3^a ed., parte I, Milano-Roma-Napoli 1911, pp. 109 e ss., il quale, in riferimento all'art. 45, precisava: "La prima parte della regola dettata nell'articolo 45 per i delitti riguarda il dolo e per la responsabilità in linea di dolo stabilisce la condizione che il colpevole abbia voluto il fatto costituente il delitto. Nella dottrina si distingue il dolo diretto dal dolo indiretto, secondo che le conseguenze dell'azione delittuosa furono espressamente volute dal reo, oppure semplicemente prevedute: il dolo determinato, che si dirige specificamente ad un solo evento, dal dolo indeterminato, che si dirige a parecchi eventi delittuosi più o meno gravi, e (secondo una formula d'uso) si è soliti definire *determinatur ab exitu*. Ma queste distinzioni non hanno pratico scopo di fronte alla prima parte dell'articolo 45, perché, a rigore, chi commette volontariamente un fatto prevedendone le conseguenze, vuole anche queste conseguenze: e chi in una colluttazione va menando colpi indifferentemente alla minore o maggiore gravità delle loro prevedute conseguenze, è in pienezza di dolo rispetto ad ognuna di queste; né la repressione penale può essere data in balia di certe distinzioni scolastiche, le quali per nulla mi verificano la perversità del delinquente. L'articolo 45 prosegue dichiarando che talvolta la legge pone a carico dell'agente, come conseguenza dell'azione od omissione, anche effetti da lui non voluti. Con ciò l'articolo 45 allude alla preterintenzionalità ed alla colpa [...] vi è preterintenzionalità quando un'azione dalla quale è conseguita una lesione di diritto che si vuole imputare come delitto preterintenzionale, era diretta ad offesa, ma l'effetto ha ecceduto la intenzione del reo. Tali sono i casi di omicidio e di lesione personale previsti dagli articoli 368 e 374 c.p., di cui la ipotesi agevolmente si semplifica nelle lesioni di taluno derivante in conseguenza di un urto violento datogli. Vi è semplice colpa, quando l'azione del reo non era diretta ad offesa, ma nel commetterla vi fu un'imprudenza, negligenza, imperizia o l'irregolarità, sì che per questo manco di precauzione ha potuto conseguirne un evento dannoso".

⁹³ Evidenza in particolar modo come la teoria bipartita trovi il suo precedente storico nella scomposizione carrariana del reato MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 109. Per una rivisitazione critica, anche alla luce della più recente evoluzione della dogmatica tedesca, dei profili sistematici rispettivamente connessi alla

Alla scuola classica si contrappose la cosiddetta scuola positiva, la quale ideò un modo di concepire il reato e l'intero diritto penale fortemente innovativo, mediante l'applicazione dei principi generali del positivismo filosofico anche ai campi del diritto penale e della criminologia⁹⁴. Mutò completamente la prospettiva del reato: esso non fu più concepito come un ente concettuale costruito secondo i fondamenti naturalistici del principio di ragione ed avente una dimensione giuridica scolpita dalle norme, bensì come fenomeno naturale, bio-psicologico⁹⁵ e sociale, cioè come azione reale di un uomo concreto, esposto alla contemporanea influenza di fattori fisici, antropologici e sociali.

Questi condizionamenti erano ritenuti talmente intensi da escludere che l'azione dell'uomo fosse espressione della libertà del suo volere. Il delinquente non era libero di scegliere tra il bene al male, ma sarebbe stato determinato al delitto da leggi di casualità naturale. Il libero arbitrio veniva considerato come un'illusione metafisica, che, una volta smascherata, faceva apparire illusori anche il principio della responsabilità morale ed i suoi corollari penalistici, ovvero l'idea di colpevolezza come rimprovero e la concezione retributiva della pena. Il fondamento

tripartizione ed alla bipartizione degli elementi costitutivi del reato, DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, p. 197 e ss.; ID., voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino 1998, p. 22.

⁹⁴ Com'è noto, la "scuola positiva" ebbe i suoi maggiori esponenti in Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo. Per un approfondimento generale sul tema, con particolare attenzione alla realizzazione di un bilancio critico dell'influenza della "scuola positiva" sulla cultura penalistica italiana, si vedano BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano 1966; NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo*, in AA.VV., *Il positivismo e la cultura italiana*, Milano 1985. Per una ricostruzione dei presupposti storici, SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano 1975, pp. 557; ID., *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica dall'Unità alla Repubblica*, a cura di SCHIAVONE, Bari 1990, pp. 147 ss.; SBRICCOLI, *Caratteri originali e permanenti nel sistema penale italiano (1860-1990)* in *Storia d'Italia*, Annali, n° 12, *La criminalità*, a cura di VIOLANTE, Torino 1997, pp.487 e ss. Quanto al pensiero di Cesare Lombroso si veda VILLA, *Il deviante ed i suoi sogni. Lombroso e la nascita dell'antropologia criminale*, Milano 1985, *passim*.

⁹⁵ Particolarmente prossimo ad alcune delle posizioni positiviste appare oggi il grande dibattito sulla rilevanza delle neuroscienze che, partendo dal mondo anglosassone, si sta progressivamente estendendo alla dottrina continentale. Si vedano sul punto tra i più recenti contributi SANTOSUOSSO, *Il dilemma del diritto di fronte alle neuroscienze*, in *Atti del convegno "Le neuroscienze e il diritto"*, Milano, 19 Dicembre 2008, pp. 11 e ss.; DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, Bioetica e Neuroetica*, Torino 2009, pp. 183 e ss.; AA.VV., *Manuale di neuroscienze forensi*, a cura di BIANCHI, GULLOTTA, SARTORI, Milano 2009 ed *ivi* in particolare GULLOTTA, *La responsabilità penale nell'era delle neuroscienze*, cap. I, pp. 3-15.

della sanzione penale fu individuato nella pericolosità sociale e nella conseguente esigenza di difesa sociale⁹⁶.

Il diritto penale fu considerato uno strumento di profilassi sociale; la sua elaborazione concettuale fu incentrata sulla personalità del reo e sulla classificazione tipologica delle varie specie di uomo delinquente⁹⁷. Venuta meno la centralità della volizione come manifestazione di colpevolezza da retribuire, il fulcro dell'elemento soggettivo fu individuato nell'azione compiuta con la rappresentazione degli effetti antisociali della condotta. La previsione dell'evento era infatti indice sufficiente della pericolosità sociale dell'agente, dimostratosi risoluto all'azione pur avendo previsti i possibili effetti ad essa correlati. In questo contesto i concetti di dolo eventuale e colpa cosciente finivano per essere inevitabilmente assimilati. Inoltre, si venne profilando un ulteriore referente politico-criminale sotteso all'elaborazione della struttura del dolo eventuale, ovvero la pericolosità oggettiva della condotta come sintomo di particolare insensibilità ai beni giuridici, sconsideratezza comportamentale e, quindi, pericolosità individuale da neutralizzare.

Sul piano più squisitamente tecnico-giuridico, il dibattito generale della dottrina sull'elemento psicologico del reato si incentrò sull'analisi della struttura del dolo e del rapporto tra componente volitiva e rappresentativa, con la contrapposizione tra teoria dell'intenzione, teoria della rappresentazione e teoria della volontà⁹⁸. Nelle

⁹⁶ In tal senso v. NEPPI MODONA, op. ult. cit., p. 96.

⁹⁷ Ancora VILLA, *Il deviante e i suoi segni*, cit., pp. 147 e ss.

⁹⁸ Sul finire dell'Ottocento il dibattito dottrinale della dottrina penalistica venne a polarizzarsi sulla contrapposizione tra teoria della volontà (*Willenstheorie*) che poggiava il dolo sulla volontà dell'evento, e teoria della rappresentazione (*Vorstellungstheorie*), che ravvisava l'essenza del dolo nella previsione dell'evento stesso. Come già rilevato da FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *FS für die Juristische Fakultät in Giessen* 1907, pp. 544 e ss., (sul quale v. DE FRANCESCO, *La concezione del dolo in Francesco Carrara*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, p. 1350), la perenne disputa tra le due teorie si rivelò spesso affetta da un esasperato nominalismo, che finì con arrecare nocumento alla reale comprensione dei fenomeni psicologici caratteristici del dolo, alimentando la successiva contrapposizione tra teoria causale, finalistica e sociale dell'azione, nonché tra colpevolezza in senso psicologico ed in senso normativo. Inoltre la collocazione delle elaborazioni dei singoli studiosi nelle menzionate correnti di pensiero fu particolarmente difficoltosa, poiché i teorici della rappresentazione manifestavano spesso un'insoddisfazione per essa, che li poneva alla ricerca di altri coefficienti soggettivi che ne potessero compendiare le lacune; similmente, a parti invertite, facevano i sostenitori della teoria della volontà. Così, nella spasmodica ricerca di tali coefficienti, i sostenitori della teoria della rappresentazione pervennero spesso a formulazioni eclettiche, avvicinandosi ad

elaborazioni concettuali incominciò a profilarsi quello smarrimento del legame intenso con le premesse filosofiche e politiche che poi darà luogo al tecnicismo giuridico; le definizioni e le relative critiche divennero sempre più un problema di logica e coerenza sistematica delle norme, piuttosto che di analisi delle differenti impostazioni culturali ad esse sottese.

Per i teorici dell'intenzione l'azione non è che un mezzo per uno scopo ed il vero oggetto cui mira la volontà è un risultato esteriore. L'essenza del dolo veniva dunque rinvenuta nella volontà diretta a cagionare l'evento, inteso come fine ultimo o come mezzo necessario per conseguirlo. Come già rilevato, fin dalle origini la struttura del dolo era stata incentrata essenzialmente sull'intenzione, cioè sul tendere della volontà verso un determinato risultato. Tuttavia la prassi aveva elaborato un ampliamento del concetto di dolo cui non si riteneva di poter rinunciare. Proprio per questa ragione si ritenne che la teoria peccasse per difetto, non consentendo di comprendere nel dolo i casi riconducibili all'ambito del dolo eventuale, che la coscienza giuridica dell'epoca riteneva reati dolosi pur mancando l'intenzione dell'evento *stricto sensu* intesa.

Prendendo le mosse dalla dottrina psicologica, per la quale la volontà ha ad oggetto solo il movimento corporeo, esauendosi nel dare impulso ai nervi motori, mentre il risultato esteriore della stessa può essere solamente previsto, la teoria della rappresentazione ritenne invece che il dolo consistesse nella volontà della condotta e nella previsione dell'evento. Nell'intento di enucleare un concetto di dolo comprensivo anche delle ipotesi dolose non intenzionali, alla cui punibilità si riteneva di non poter rinunciare, tale teoria finì col peccare dell'eccesso opposto, dilatando a tal punto l'ambito di applicazione del dolo da rendere difficilmente percepibili i confini con le condotte colpose.

una concezione volontaristica del dolo e, per converso, i giuristi che professavano tale ultima concezione del dolo, nel ricercare i criteri per stabilire quanto ricorresse la relazione positiva tra la volontà e l'evento, finirono a volte per identificare la volontà medesima in elementi che si inserivano nel processo rappresentativo. In tal modo, i termini di volontà e rappresentazione assunsero un'elasticità che ne oscurò il significato e permise che si qualificassero come teorie fondate sulla volontà concezioni che, sostanzialmente, escludevano il postulato di un concreto atto di volizione diretta al confine della nozione di dolo. Sul punto, ampiamente: DI LORENZO, *I limiti tra dolo e colpa*, Napoli 1955, pp. 79 e ss. Si veda anche *infra*, capitolo III.

Per superare i difetti e gli eccessi delle dette teorie fu elaborata la teoria della volontà. Conferendo la giusta centralità all'elemento volitivo del dolo, si ritenne che potessero costituire oggetto della volontà non la sola condotta, ma anche i risultati materiali e giuridici della stessa. Sul piano sociale, infatti, la condotta orientata alla produzione di effetti consentiva di ritenere che questi fossero stati voluti, purché previsti, pur riconoscendosi che dal punto di vista scientifico la volontà si esauriva nell'impulso muscolare a fondamento dell'azione⁹⁹.

7. La soluzione adottata nel codice Rocco

La disputa tra teoria dell'intenzione, della rappresentazione e della volontà fu alla base della definizione di dolo contenuta nell'art. 43 c.p.

Si deve ad Arturo Rocco ed al diffondersi del metodo tecnico-giuridico¹⁰⁰ da lui propugnato il tentativo di conciliare le tesi proposte da dette teorie. L'idea di offrire una descrizione del coefficiente di imputazione soggettiva, sia pure con tutti i limiti che qualsivoglia intento definitorio è destinato inevitabilmente ad incontrare nel mondo giuridico¹⁰¹ e nel diritto penale in particolar modo, rappresentò un indubbio

⁹⁹ Questi temi verranno trattati in maniera più analitica *infra*, capitolo III. Ad ogni modo fin da ora per una panoramica generale sulle tre teorie è possibile far rinvio al quadro tracciato da MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova 2001, p. 324.

¹⁰⁰ Tale indirizzo risentiva delle concezioni giuspositivistiche già consolidate in Germania soprattutto per opera di Karl Binding. Il manifesto programmatico del nuovo indirizzo è usualmente individuato nella prolusione al corso di diritto e procedura penale tenuta da Arturo Rocco il 15 gennaio 1910 all'Università di Sassari (*Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, I, 1910, pp. 497-582). Il monito rivolto al giurista in quanto tale era di rifiutare di dibattere fondamenti extragiuridici del diritto penale, per limitarsi allo studio tecnico delle norme penali vigenti. La scienza del diritto si deve "limitare a studiare il delitto e la pena sotto il lato puramente e semplicemente giuridico, cioè come fatti giuridici di cui uno è la causa e l'altro è l'effetto o la conseguenza giuridica, lasciando ad altre scienze, e precisamente all'antropologia ed alla sociologia criminale, la cura speciale di studiarli" [...] Questo dunque è principalmente, se non esclusivamente, il compito e la funzione, della scienza del diritto penale: l'elaborazione tecnico-giuridica del diritto penale positivo e vigente, la conoscenza scientifica e non semplicemente empirica, del sistema del diritto penale quale è in forza delle leggi che ci governano" (ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., p. 516 e 521. La prospettiva metodologica del tecnicismo ha avuto lunga vita ed è riuscita a dominare sostanzialmente incontrastata fino alle soglie degli anni Sessanta. Sul punto FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2009, p. XXXIII.

¹⁰¹ Si veda in argomento CADOPPI (a cura di), *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Omnis definitio in iure periculosa?*, Padova 1996, *passim*. Sull'utilità delle definizioni normative in riferimento ai problemi che aveva suscitato la dizione adottata dall'art.45 del codice Zanardelli si esprime anche Rocco che, nei *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. 4°, *Atti della commissione ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare di un nuovo codice penale*, parte 11ª, *Verbalì delle sedute della commissione*, (Libro I del Progetto), Roma 1929, p. 139, in risposta all'interrogativo formulato dal commissario Longhi circa la pericolosità delle definizioni, precisò che esse

merito, in quanto, qualificando normativamente¹⁰² il reato doloso, o secondo l'intenzione, come il fatto nel quale "l'evento dannoso o pericoloso da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della sua azione od omissione", fornì un punto di riferimento importante per tracciare i confini della responsabilità dolosa. Tuttavia, proprio perché la definizione legislativa del dolo costituì una sorta di formula di compromesso¹⁰³, non deve sorprendere che essa abbia finito per essere considerata come sostanzialmente non vincolante sul terreno dell'elaborazione scientifica e della prassi giudiziaria e non abbia offerto alcun argine alla riproposizione degli schemi dommatici della tradizione¹⁰⁴.

non si possono, sottolineando come "l'articolo 45 del codice Zanardelli ha creduto di cacciare le definizioni dalla porta, ma esse sono rientrate dalla finestra della parte speciale, ove la colpa, per esempio, è definita in ogni momento; ed allora è meglio definirla una volta per sempre, perché, quando l'abbiamo definita una volta, si saprà cos'è e non occorrerà più riprenderlo nella parte speciale. Si dice che è meglio riservare le definizioni alla dottrina e alla giurisprudenza, perché vi è il vantaggio che, se si sbaglia, si può correggere, mentre se il legislatore sbaglia non si può correggere. Ma per converso, c'è il vantaggio della certezza".

¹⁰² Sull'utilizzo dell'aggettivo "normativo" è importante sottolineare come lo stesso sia differentemente utilizzato nel dibattito penalistico per indicare concetti e categorie dogmatiche spesso differenti. Il vocabolo è in una prima accezione utilizzato in senso testuale, per indicare una specifica disciplina o definizione incarnata da una norma. Si può così dire che il codice penale italiano, definendo il dolo all'art. 43 c.p., ha voluto dare una precisa descrizione normativa dello stesso nel diritto positivo, vincolando così alla lettera della norma gli interpreti e i destinatari della disposizione, diversamente da quanto avviene nel diritto tedesco (sul punto FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova 1993, pp. 177 e ss.; 215 e ss.; 307 e ss.). Il termine e la correlativa attività di normativizzazione sono tuttavia utilizzati abitualmente per indicare una tendenza interpretativa del dolo che si pone in antitesi rispetto alla concezione psicologica del medesimo (in argomento BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., p. 10; PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2000, pp.1269-1270; PAGLIARO, *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? In tema di dolo eventuale*, *Dolus in re ipsa ed errore su legge penale*, in *Cass. Pen.* 1991, pp. 322 e ss.; *infra*, cap. III e IV). Secondo tale teoria il dolo consisterebbe in un elemento del giudizio normativo di colpevolezza e non in un reale elemento psichico che denota la *suitas* della condotta e dell'evento rispetto all'agente. Dunque, non ciò che l'agente ha preveduto e voluto in concreto, ma ciò che avrebbe dovuto o potuto prevedere secondo il diritto. Sul punto v. anche DEMURO, *Prolegomeni*, cit., il quale ritiene che tutta l'analisi storica del dolo riveli come la sua evoluzione abbia sempre oscillato tra soggettivizzazione e normativizzazione e sia stata sempre caratterizzata da un continuo attacco alla sua dimensione soggettiva e più genuinamente psicologica, per rendere il concetto più facilmente dimostrabile in sede processuale. Così anche LUNGHINI, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano 2006, p.409.

¹⁰³ MORSELLI, *Coscienza e volontà nella teoria del dolo*, loc. cit.

¹⁰⁴ Così FIANDACA-MUSCO, op. cit., p. 354. Indicativo, tra l'altro, della bontà di tale constatazione è l'esame della manualistica di diritto penale edita successivamente all'entrata in vigore del nuovo codice. In particolare, a soli 4 anni dall'approvazione del Progetto, FLORIAN, *Parte Generale del diritto penale*, Milano 1934, p. 465, dava espressamente atto della configurabilità del dolo eventuale precisando: "Molto importante è il dolo eventuale, in cui il risultato si presenta alla coscienza dell' agente come possibile, ma ciò malgrado l' azione è da lui commessa e l' evento voluto. Qui il dolo è ai confini della colpa cosciente; ma il delitto è pur sempre doloso". Concetto che era completato a p. 486, ove si rilevava che "la colpa cosciente si compendia in una previsione dell' evento, senza volerlo; il dolo nella previsione dell'evento con la volontà di

In realtà il pensiero di Arturo Rocco e l'interpretazione autentica dell'art. 43 c.p. (nel suo combinarsi con le altre disposizioni codicistiche, ed in particolar modo con gli articoli 42 e 85 c.p.) dal medesimo fornita ed argomentata in sede di lavori preparatori¹⁰⁵ non lasciava spazio ad alcun dubbio interpretativo sull'ampiezza della formula utilizzata e sulla volontà di escludere dal suo ambito applicativo il dolo eventuale.

Il pensiero di Rocco può essere così ricostruito nei suoi tratti essenziali.

Il fondamento della responsabilità va rinvenuto nella volontà: essa domina tutte le azioni umane. “È sulla responsabilità fondata sulla libertà di agire, e quindi in definitiva sulla volontà, che sta il principio motore di tutte le azioni umane e della responsabilità che vi è inerente nel campo del bene e nel campo del male”. Questa componente psicologica deve investire, anzitutto, l'azione e l'omissione, quindi l'evento: l'azione e l'omissione devono essere volute e, prima ancora, coscienti. L'evento deve essere rappresentato mentalmente, cioè preveduto, se si tratta di dolo; non preveduto, ma almeno prevedibile se si tratta di colpa. Occorre sempre quantomeno la possibilità di rappresentarselo, di prevederlo. Più specificamente, l'oggetto della rappresentazione o della prevedibilità è l'evento come una possibile conseguenza della propria azione¹⁰⁶.

Quella di dover rispondere di una propria azione od omissione cosciente e volontaria è la regola che vale per tutti i reati, con la differenza che nei delitti bisogna guardare l'evento dannoso o pericoloso ed accertare se è stato voluto non voluto, preveduto o non preveduto, se era prevedibile o no, e bisogna stabilire se vi

produrlo. La più prossima forma di dolo, a cui questa più grave specie di colpa si accosta, è il dolo eventuale, dal quale però si differenzia del senso, che in entrambi i casi l'evento è bensì nella coscienza dell'agente avvertito come possibile, ma nel primo è desiderato, del secondo deprecato, colla speranza, anzi e colla fiducia che non si avveri”. Si sarebbe successivamente dovuto attendere solamente il 1967 per avere una prima negazione dottrinarial del dolo eventuale, rimasta però lungamente isolata in dottrina e tuttora minoritaria (cfr. PANNAIN, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Torino 1967, p. 437, ove si precisa che “sul concetto di dolo indeterminato (o eventuale) sono da fare molte riserve, tale da indurre a escludere che si possa, in proposito, parlare di dolo”).

¹⁰⁵ Op. cit., pp. 131 e ss. Le medesime posizioni sono espresse anche in maniera più concisa nella *Relazione al re e relativo Regio Decreto*, 19 ottobre 1930, n° 1398, p. 20.

¹⁰⁶ V. *Lavori preparatori*, cit., p. 133.

sia dolo, colpa o preterintenzione, elementi che non hanno rapporto con l'azione od omissione -causa dell'evento- ma con l'evento -effetto dell'azione od omissione-. Non era dunque reputata sufficiente la volontà dell'azione o dell'omissione, a differenza delle contravvenzioni, nelle quali l'accertamento della volontà si riteneva potesse essere diverso dai delitti; per esse sarebbe bastata la coscienza e la volontà dell'azione od omissione, senza bisogno di fare altre ricerche¹⁰⁷.

Secondo Rocco, la capacità di volere che trova espressione nel dolo presuppone necessariamente la "capacità intellettuale di prevedere l'evento che è conseguenza dell'azione [...]. La previsione è un atto di conoscenza, cioè un atto intellettuale, senza il quale non è possibile parlare di volontà, non potendosi volere ciò che non si conosce"¹⁰⁸.

Il dolo, dunque, viene sempre rapportato all'evento: la relativa nozione si incentra sulla previsione e sulla volontà dell'evento dannoso o pericoloso¹⁰⁹. Il coefficiente di imputazione è assunto in chiave psicologica nella sua accezione di volontà tendente ad un fine, ovvero come intenzione che accompagna l'azione volontaria¹¹⁰.

¹⁰⁷ *Lavori preparatori*, cit., pp.134 e 135.

¹⁰⁸ Continua Rocco, op. ult. cit., p. 139: "Che cosa è la previsione se non un atto dell'intelligenza? Antivedere significa rappresentarsi mentalmente: atto di intelligenza, dunque non di volontà. Non si può volere che ciò che si conosce, anzi si preconosce; quindi la conoscenza, che atto intellettuale è un presupposto della volontà. Quando nell'articolo 45 (ndr., corrisponde a quello che poi sarà l'attuale art. 43 c.p.) parliamo di coscienza e di volontà dell'azione, si accenna ad un elemento comune a tutti i reati, e non c'è bisogno di indicare altro; ma quando entriamo nel campo del dolo e della colpa, dobbiamo guardare anche alla percezione, all'atto di intelligenza, che consiste nel prevedere l'evento, conseguenza possibile dell'azione; ed allora non basta la capacità di volere, ma occorre anche la capacità intellettuale".

¹⁰⁹ *Lavori preparatori*, cit., p. 136.

¹¹⁰ Alla domanda "Che cosa è l'intenzione?" Rocco fornisce risposta alla p. 140 dei *Lavori preparatori*, cit.: "È la volontà in quanto tende interiormente ad uno scopo. Non è possibile concepire una volontà senza scopo, perché non si può volere *sic et simpliciter*, ma si deve volere un *quid*, ciò che è lo scopo, il fine, il motivo della volontà. Ora la volontà che tende allo scopo si chiama intenzione. Da questo punto di vista, fine, motivo ed intenzione sono la stessa cosa, non si possono staccare l'uno dall'altro perché non si può staccare la volontà dal suo scopo. La verità è che non c'è un solo motivo, un solo fine, un solo scopo, ma ve ne sono tanti, vi è tutta una gerarchia di motivi, di fini, di scopi e di intenzioni: ed allora, quando si tratta di fissare le nozioni del dolo, della colpa, e della preterintenzione ciò che è decisivo è la considerazione tra lo scopo e l'effetto, tra l'evento e l'intento". L'Autore aveva già antecedentemente precisato a p. 137: "La volontà è una facoltà, un potere di una pulsione nell'azione o di arresto nell'omissione, e questa volontà si deve concepire libera". Inoltre, sul libero arbitrio: "Queste sono questioni metafisiche; noi diciamo semplicemente che non si può disconoscere il dato psicologico della volontà umana [...] non si può concepire una volontà senza causa, una volontà senza motivi, una volontà come un *fiat* che nasca dal nulla, una volontà come mero arbitrio. La

Infine, Rocco dichiarò espressamente di aver optato per la teoria della volontà in luogo di quella cosiddetta della rappresentazione. “Non basta che io mi sia rappresentato il danno, come conseguenza della mia azione, per essere in dolo; ma quell’evento me lo sono dovuto proporre come scopo della mia azione. Sono in dolo se la mia volontà tendeva allo scopo di produrre quel danno; ma se non lo ho voluto produrre quel danno, benché lo abbia preveduto, ciò non basta per essere in dolo”. Affermò espressamente che dolo indiretto e dolo eventuale sono distinzioni del tutto inutili ed inesistenti nel nuovo codice penale. “Esse sono finite nel nulla: o l’evento dannoso è voluto, e c’è dolo; o non è voluto, e non c’è dolo” [...]; “se l’evento è conforme all’intento, abbiamo il dolo; se l’evento è non fuori, ma oltre *-praeter-* l’intento, abbiamo il delitto preterintenzionale; se invece l’evento va contro l’intento (dunque non è voluto, nel significato di volontà accolto dal Rocco) abbiamo la colpa”¹¹¹.

In sostanza dall’interpretazione autentica del tessuto normativo codicistico emerge l’estraneità del dolo eventuale all’ambito applicativo della formula definitoria contenuta nell’art. 43 c.p. Del resto, nella struttura del codice l’utilizzazione del dolo eventuale per alcuni aspetti era superflua rispetto al soddisfacimento delle esigenze preventive cui esso era stato tradizionalmente preposto. Il legislatore aveva disciplinato espressamente tutte le ipotesi dei reati aggravati dall’evento e della divergenza tra il voluto ed il realizzato. Il codice, per

volontà umana non si sottrae alla legge di causalità, che governa tutti i fenomeni. C’è un determinismo fisico o meccanico, che governa i fenomeni fisici o meccanici; c’è un determinato determinismo fisico logico che determina movimenti fisiologici del corpo, agendo come stimolo; e poi c’è il determinismo psicologico, che è determinazione secondo cause psicologiche, cioè motivi coscienti, che determinano una volontà umana. Ma di fronte a questi motivi la volontà umana non soggiace in modo fatale, perché l’uomo ha la facoltà di discendere e di selezionare, e in definitiva la volontà non è puramente recettizia e passiva di fronte ai motivi, ma reagisce in conformità del carattere, con la possibilità di contrapporre un motivo all’altro, e quindi di scegliere fra i vari motivi”.

¹¹¹ A pag. 140, op. ult. cit., Rocco precisa ancora più espressamente il concetto chiarendo: “Si è detto che nella colpa c’è l’evento senza intento, ma allora anche nel delitto preterintenzionale manca l’intento, rispetto all’evento ulteriore dannoso. Tizio corre in automobile, perché vuole arrivare a casa più presto: intento innocente; ma investe una persona: evento dannoso. Forse l’intenzione non c’è? È una intenzione innocente, ma c’è. È in questa contraddizione tra l’evento e l’intento, che sta il concetto di colpa. Dunque si dice bene contro l’intenzione, e si direbbe male senza l’intenzione”.

limitarsi alla sola parte generale¹¹², prevede infatti ulteriori meccanismi di imputazione, nei quali si fa a meno del nesso psichico doloso, riconoscendo l'istituto della responsabilità oggettiva, del delitto preterintenzionale, le condizioni obiettive di punibilità, l'*aberratio ictus e delicti*, il concorso in reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti nell'art. 116 c.p. (nell'interpretazione tradizionale per la quale si tratterebbe di un'ipotesi di responsabilità oggettiva).

L'idea dell'estraneità del dolo eventuale alla formula dell'art. 43 c.p. è confortata anche dalle considerazioni critiche svolte da Marciano e Ferri, membri della Commissione incaricata di predisporre il testo del codice, in relazione alla colpa cosciente. I due studiosi sostenevano che essa integrasse in realtà una forma di dolo eventuale; il primo, in particolare, proponeva come soluzioni alternative l'eliminazione dell'inciso "anche se preveduto" dalla formula che definiva il delitto colposo ovvero, qualora si fosse mantenuto l'inciso, la distinzione fra colpa con previsione e colpa senza previsione¹¹³.

Anche in sede parlamentare il dibattito assunse contenuti idonei a supportare la conclusione emergente dall'analisi dei lavori preparatori. Il Presidente della Commissione Parlamentare, Mariano D'Amelio, riteneva in particolare che vi fosse incompatibilità fra previsione dell'evento e colpa; la previsione, a suo parere, escludeva la colpa, essendo sufficiente a configurare il dolo. Il Ministro Guardasigilli replicava, tuttavia, sostenendo che la previsione non potesse implicare automaticamente la volontà, ribadendo che la distinzione fra dolo e colpa era fondata sull'elemento volitivo¹¹⁴.

¹¹² Per quanto riguarda la parte speciale del codice penale, nella disciplina del delitto di omicidio che, come si è visto, ha sempre costituito il punto di partenza ed il campo di elezione di tutte le controversie attinenti alla determinazione dei confini tra dolo e colpa, sono previsti sia l'omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.), che la morte come conseguenza di altro delitto doloso (art. 586 c.p.). La tematica attuale del contagio da H.I.V., aveva poi il suo antesignano nell'ipotesi nel contagio di sifilide e blenorragia disciplinato nell'art. 554 c.p., abrogato dalla legge n° 194/1978.

¹¹³ CERQUETTI, *Il dolo*, Torino 2010, pp. 154-155, ove viene riportato anche l'esempio addotto da Marciano a sostegno delle sue tesi, relativo al cacciatore il quale, intendendo sparare ad un uccello poggiato su un ramo e rendendosi conto del fatto che sulla stessa traiettoria c'è un uomo, non si astiene dallo sparare, nonostante abbia previsto che, oltre all'uccello, avrebbe colpito anche l'uomo. In tale evenienza non vi sarebbe un comportamento semplicemente imprudente, in quanto il reo è "rimasto indifferente dinanzi alla conseguenza preveduta" ed ha agito con volontà diretta alla produzione dell'evento.

¹¹⁴ CERQUETTI, op. ult. cit., pp. 171 e 173.

In conclusione, la formula codicistica sembrava recepire la teoria sul dolo elaborata da Alfredo De Marsico, il quale giungeva ad escludere che il dolo eventuale rientrasse nella nozione di dolo. L'Autore sosteneva che la rappresentazione dell'evento dovesse assumere caratteristiche peculiari affinché potesse dare vita alla volontà e diventarne il contenuto. Egli individuava questo *quid* nella rappresentazione connotata da una intensità propulsiva tale da prevalere su impulsi contrari o diversi, indentificandolo appunto con l'intenzione ed intendendo il dolo esclusivamente come intenzione di realizzazione dell'evento. Giungeva quindi alla negazione della categoria del dolo eventuale, in quanto l'evento non direttamente voluto, anche se prodotto da un'azione voluta, non può presumersi a sua volta voluto: in casi di questo genere si ricadrebbe, pertanto, nell'ambito della colpa con previsione. L'Autore riteneva invece ammissibile il dolo diretto, in quanto l'evento provocato con la propria azione e previsto come certo, sebbene non intenzionalmente preso di mira, sarebbe da considerarsi comunque come voluto nella sfera psicologica del soggetto agente, poiché "il fatto gli sta dinanzi come uno specchio in cui altro non si riflette che la volontà di produrlo"¹¹⁵.

¹¹⁵ V. DE MARSICO, *Coscienza e volontà nella nozione di dolo*, Napoli 1930, pp. 143 e ss. e CERQUETTI, op. ult. cit., pp. 174-177, con ampi riferimenti proprio all'opera di De Marsico.

Del resto anche una più approfondita analisi del pensiero di Arturo Rocco, sebbene una prima lettura della definizione contenuta nell'art. 43 c.p. possa indurre a ritenere che il legislatore intendesse escludere la configurabilità della responsabilità per dolo in relazione a condotte che abbiano provocato eventi non intenzionalmente perseguiti, consente di affermare che la formula "secondo l'intenzione" fosse compatibile con eventi non intenzionalmente perseguiti e tuttavia previsti come conseguenza certa della condotta. Nell'opera *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, infatti, l'Autore sostiene che il reato consiste in un'azione umana (o inazione) la quale produca volontariamente una modificazione del mondo esterno tradottasi in un risultato dannoso o pericoloso. D'altra parte, la volontà sarebbe sempre caratterizzata da un oggetto, costituente il fine, lo scopo o il movente della volontà. Sulla base di tali premesse, il reato viene identificato nell'azione (od omissione) produttiva di un effetto di modificazione del mondo esterno in modo volontario, cioè con una condotta che si rapporta ad uno scopo. La volontarietà della modificazione del mondo esteriore e, quindi, il dolo si sostanzierebbe proprio nel fatto che detta modificazione è orientata ad uno scopo/fine ultimo, non essendo invece necessario che l'effetto dannoso o pericoloso rappresenti il fine ultimo perseguito. L'evento è quindi voluto anche qualora non coincida con lo scopo remoto o fine ultimo intenzionalmente perseguito, purché sia orientato a tale scopo remoto o fine ultimo. V. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino 1913, poi in *Opere giuridiche*, vol. I, Roma 1932, pp. 267 e ss., nonché CERQUETTI, op. ult. cit., pp. 159-161.

Nel prosieguo del lavoro si vedrà come in realtà gli “schemi della tradizione”¹¹⁶ hanno continuato ad influenzare l’elaborazione dommatica del dolo, determinando l’interpretazione della formula contenuta nell’art. 43 c.p. in maniera tale da farvi rientrare anche il dolo eventuale, ritenuto coefficiente di imputazione ormai irrinunciabile. Ciò è avvenuto, come si preciserà, in maniera coerente con le premesse culturali e politico-criminali in cui la categoria del dolo eventuale trovava il suo fondamento, sebbene l’elaborazione dommatica abbia raggiunto una raffinatezza ed una complessità tali da non rendere immediatamente evidenti le scelte ideologiche sottese alle varie teorie elaborate. Si tenterà quindi di svelare il retroterra che si annida dietro le formulazioni del dolo eventuale attualmente più diffuse e seguite, dimostrando come esso abbia impedito di delineare una nozione di dolo davvero corrispondente alla disciplina prescritta dal diritto positivo vigente e cercando di offrire una chiave interpretativa di essa davvero coerente con le norme codicistiche e con i principi costituzionali rilevanti in materia penale

¹¹⁶ Su questa influenza cfr. SANTAMARIA, *Interpretazione e dommatica nella dottrina del dolo*, cit., p. 5. Cfr. anche PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano 1993, p. 22.

CAPITOLO II

Il dolo tra colpevolezza e tipicità

SOMMARIO: 1. Funzioni politico-criminali e sistematica del reato. – 2. Teoria del reato e principi costituzionali. – 3. L'origine della disputa sulla collocazione sistematica del dolo: il dibattito sul concetto di azione. – 4. La separazione tra oggettivo e soggettivo nella fattispecie penale. – 5. Il dolo come manifestazione di colpevolezza nella prospettiva della funzione etico-retributiva della pena. – 6. Il dolo come manifestazione di colpevolezza nella prospettiva delle funzioni preventive della pena. – 7. Il dolo come elemento della tipicità.

1. Funzioni politico-criminali e sistematica del reato

Alla base di ogni sistema giuridico vi sono delle ben precise scelte di carattere ideologico. L'ideologia, la politica, il contatto con la realtà socio-economica permeano le norme giuridiche, ne costituiscono l'essenza, il fondamento, la ragion d'essere. Il diritto è lo strumento tecnico attraverso cui precise opzioni ideologiche e politiche trovano la loro espressione formale in norme destinate ad assicurare la pacifica convivenza.

Tutte le norme hanno, dunque, una matrice ideologica ed è alla luce di questa che va chiarito il loro significato. Ogni regola si pone come obiettivo la realizzazione di una finalità, la determinazione di un assetto concreto per rendere operativa la scelta politica che ne precede l'emanazione. Questo stretto contatto tra la norma e l'opzione politica da cui nasce comporta una serie di conseguenze: la legge non è avulsa dalla realtà sociale politica ed economica¹¹⁷, anzi contribuisce a modellarla, cercando di aggregare consensi intorno ai valori che esprime. L'elaborazione tecnico-giuridica, quindi, non può venir meno a questo dovere funzionalistico, non può risultare incoerente con le scelte politiche sottese alle norme.

¹¹⁷ Giustamente FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVIII, Milano 1987, p. 770 osserva che il diritto "si può comprendere veramente solo ispirandosi ad affinata sensibilità per la realtà socio-politica da cui è scaturito". Il diritto in genere e, per quel che interessa in questa sede, il diritto penale, ha quindi una dimensione sovrastrutturale, potendo essere compreso e studiato in maniera adeguata solo se lo si colloca, storicamente e politicamente, nel contesto sociale in cui è prodotto, smascherando gli aspetti culturali che ne costituiscono l'ineludibile retroterra.

L'interdipendenza tra diritto e politica è particolarmente evidente in alcuni rami dell'ordinamento giuridico. Il diritto costituzionale, con l'individuazione di diritti fondamentali ed obblighi ad essi connessi, costituisce l'espressione evidente di tale interdipendenza.

L'influenza dell'ideologia¹¹⁸ è altrettanto forte nel diritto penale. Ogni fattispecie penale rappresenta una scelta di valore, o meglio di disvalore, di cui, in un dato momento storico, si ritiene sia portatore un certo comportamento, alla luce degli *standard* comportamentali considerati socialmente adeguati nel contesto socio-politico analizzato. Essa si sostanzia nella selezione dei beni da tutelare con l'intervento penale; nella selezione delle condotte illecite; nella finalità della pena e nel suo significato, dato il rapporto che la sanzione criminale inevitabilmente ha con diritti fondamentali dell'individuo. Massimamente si esprime nell'individuazione dei criteri di imputazione del fatto al soggetto, e, quindi, dei presupposti per l'applicazione della sanzione penale, l'analisi dei quali costituisce il punto di osservazione privilegiato per lo smascheramento della reale consistenza dei rapporti tra lo Stato ed il cittadino.

Il diritto penale, in quanto espressione tecnica di scelte politiche, non può quindi essere oggetto di interpretazione e costruzione sistematica incoerenti con gli obiettivi di politica criminale rispetto a cui risulta strumentale.

La prospettiva dischiusa dalla considerazione delle finalità di politica criminale sottese alla formulazione delle norme giuridiche consente, sul piano metodologico, di superare gli schemi mentali della tradizione. Essi influenzano l'elaborazione dommatica a tal punto da spingere a delineare nozioni degli istituti penalistici non sempre effettivamente corrispondenti alla disciplina prescritta dal diritto positivo vigente ed alla relativa ragion d'essere. Così come consente di superare la tendenza a ricavare gli elementi utili per la ricostruzione degli istituti giuridici dalle determinazioni concettuali di una dommatica impostata secondo i canoni della logica formale, che reca con sé il rischio dell'alterazione dei risultati della ricerca

¹¹⁸ Cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1992, p. 65 ss.

ermeneutica, pervenendo a soluzioni interpretative non sempre conformi alle finalità per cui gli istituti stessi sono previsti e strutturati in un certo modo¹¹⁹.

E' infatti ancora particolarmente diffusa la convinzione secondo cui il compito primario della scienza penalistica sarebbe "guardare, in una prospettiva puramente tecnico-giuridica, al delitto ed alla pena come a generalizzazioni concettuali; il ricondurre ad un sistema chiuso le singole prescrizioni della legge, risalendo fino agli ultimi principi e concetti fondamentali". Questa tendenza a preservare la funzione essenzialmente sistematica della scienza penalistica risponderebbe alla necessità di assicurare "quella immediata padronanza dei casi particolari, senza la quale l'applicazione del diritto resta sempre dilettantesca, abbandonata al caso ed all'arbitrio"¹²⁰.

Pur nell'ambito di una forte critica alla dommatica incentrata sul naturalismo, anche Welzel si esprime in termini simili sull'importanza dell'impostazione sistematica e del metodo dell'astrazione concettuale nello studio del diritto penale, ritenuti necessari per garantire "un'equa ed uniforme amministrazione della giustizia, dal momento che solo l'esatta comprensione delle interrelazioni del sistema eleva l'applicazione del diritto oltre il caso e l'arbitrio"¹²¹.

Or, nessun dubbio che l'elaborazione sistematica svolga un ruolo insostituibile nell'assicurare la certezza del diritto e l'uguaglianza nell'applicazione delle norme¹²². Tuttavia tale metodologia comporta il rischio che si pervenga ad

¹¹⁹ Cfr. SANTAMARIA, *Interpretazione e dommatica nella dottrina del dolo*, cit., p. 5

¹²⁰ ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli 1998, p. 39, in relazione a LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. I, 1905, p. 212 ss.

Su origine, ruolo e caratteristiche della teoria del reato e sul suo oscillare tra funzione descrittiva dell'essere o prescrittiva del dover essere, nonché sulla rilevanza, in tale ultima prospettiva, del riferimento costituzionale, pur in ossequio ad un modello giuspositivistico e ad un netto rifiuto del giusnaturalismo si vedano DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, pp. 14 e ss. e BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig.*, vol. XIX, Torino 1974, p. 14 ss.

¹²¹ ROXIN, loc. ult. cit., in relazione a WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, XI ed., 1969, p. 316.

¹²² Sul disagio che vive oggi la teoria del reato per la sua aspirazione alla costruzione di concetti di carattere generale, a causa della settorializzazione del sistema penale, con l'elaborazione di principi e regole, anche processuali, propri di determinate tipologie di illeciti, si veda DONINI, op. ult. cit., pp. 3 e ss. La causa di tale tendenza viene individuata, oltretutto nella peculiarità di settori ed esigenze ad essi legate (si pensi alla criminalità organizzata), anche nell'influenza delle fonti comunitarie. Ciò non fa venir meno la ribadita esigenza, pur nella differenziazione dei modelli, a tratti inevitabile, di definizione dei tratti essenziali

un'elaborazione coerente sul piano logico, ma non necessariamente giusta sul piano politico-criminale. Perdere di vista il profilo funzionalistico degli istituti giuridici può portare alla creazione di un sistema nel quale tutti gli ingranaggi sono ben collegati tra loro, ma non per questo ad una ricostruzione capace di attuare quelle finalità per cui il sistema stesso è stato conformato in un certo modo¹²³.

Alla luce di questa impostazione metodologica, sono anzitutto le tre categorie del reato -tipicità, antigiuridicità e colpevolezza- a dover essere “considerate, sviluppate e sistematizzate dall'angolo visuale della loro funzione politico-criminale”¹²⁴. Nell'elaborazione del Roxin la categoria del fatto è chiamata al soddisfacimento di esigenze di tassatività e determinatezza e, quindi, alla tutela della libertà individuale. L'antigiuridicità è deputata alla soluzione dei conflitti tra interessi individuali e sovraindividuali, ovvero tra esigenze sociali e pretese del singolo, sicché nell'ambito di essa andranno elaborate le direttive di fondo da porre alla base dell'individuazione di criteri per la valutazione dell'interesse prevalente nel caso concreto. Nella colpevolezza verrebbero invece in rilievo le istanze più direttamente riferibili alla realizzabilità della funzione preventiva della pena, con la previsione normativa di circostanze inerenti al soggetto od al fatto la cui presenza opera quale limite alla pretesa punitiva dello Stato, perché espressive di situazioni nelle quali l'applicazione della sanzione non potrebbe sortire gli effetti cui essa dovrebbe tendere.

Va d'altra parte sottolineato che, per evitare il rischio di un passaggio dall'impossibilità di verificare la correttezza politico-criminale di una certa impostazione sistematica alla relatività dei criteri di valutazione di tale correttezza, le prospettive di politica criminale di cui può tenersi legittimamente conto sono

dell'illecito, cercando di delineare un livello minimo di conformità dello stesso alle norme costituzionali, nella loro generalità compatibili anche con l'attuazione in forma differente (si vedano ancora le considerazioni svolte da DONINI, op. ult. cit., p. 12).

¹²³ “Viene così fornito un doppio criterio di valutazione per cui quel che da un punto di vista politico-criminale è errato, può essere esatto da un punto di vista dommatico e viceversa”, ROXIN, op. ult. cit., p. 45. Cfr. anche BETTIOL, *Il problema penale*, in *Scritti Giuridici*, Tomo II, Padova 1966, pp. 620 ss.

¹²⁴ ROXIN, op. ult. cit., pp. 50 e 51, MOCCIA, op. ult. cit., pp. 26 e ss.

soltanto quelle condensate in norme giuridiche¹²⁵. Ed il punto di partenza, in un ordinamento a Costituzione rigida quale quello italiano, non può che essere rappresentato dalle scelte di fondo compiute dal legislatore costituente nelle disposizioni della Carta Fondamentale¹²⁶.

2. Teoria del reato e principi costituzionali

La validità dell'impostazione sistematica succintamente delineata innanzi è corroborata dalle norme della Costituzione, ormai punto di riferimento obbligato in tutte le elaborazioni dottrinarie, ancorché basate su metodi di indagine poco sensibili alla prospettiva politico-criminale nella ricostruzione del sistema. Nelle disposizioni della Carta è infatti agevole individuare i principi di fondo del sistema penale, espressivi di altrettante scelte di politica criminale da porre quali referenti teleologici alla base della analisi sistematica delle categorie del reato.

Così, per quel che concerne la finalità di tutela della libertà, essa, oltre ad essere desumibile dal complessivo tessuto normativo della Costituzione, trova esplicito riferimento negli artt. 13, 25, co. 2 e 3 e 111 Cost., tesi a garantire l'individuo da restrizioni della libertà personale. Logici corollari del principio di legalità, altrimenti eluso nella sua funzione politico-criminale, sono la tassatività, determinatezza e precisione delle fattispecie costituenti reato, nonché la percepibilità della dimensione offensiva del fatto, necessaria per giustificare restrizioni altrimenti inammissibili a fronte dell'inviolabilità della libertà personale (arg. ex artt. 13, 25 co.2 e 3, 27 co.3 Cost.). Con riferimento alla funzione di soluzione dei conflitti tra interessi individuali e sovraindividuali, la tendenza al contemperamento tra istanze personalistiche e solidaristiche in realtà permea tutto

¹²⁵ ROXIN, op. ult. cit., p. 35 e MOCCIA, op. ult. cit., p. 28.

¹²⁶ V. BRICOLA, *Rapporti tra dottrina e politica criminale*, Riv. it. dir. proc. pen. 1988, p. 5 ss. e MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, Riv. it. dir. proc. pen. 1989, pp. 1006 e ss.

DONINI, *Teoria del reato*, cit., pp. 20 e ss. sottolinea come peraltro sull'interpretazione e la funzione di orientamento delle norme costituzionali è destinato ad incidere inevitabilmente il peso dell'evoluzione culturale della scienza penale, il quale porta ad una lettura diversa dei principi costituzionali sulla base di un circuito ermeneutico virtuoso, che dal dato costituzionale discende alla norma ordinamentale, per poi risalire ed affinare i principi costituzionali stessi. In questo processo, inoltre, non è da escludere neppure l'influenza delle fonti comunitarie ed internazionali.

l'impianto normativo della Costituzione, a cominciare dagli artt. 2 e 3. Ulteriori esempi sono costituiti dall'art. 41, co. 1 e 2 Cost., nonché dall'art. 32, co. 2 Cost. Anche la realizzazione di esigenze di prevenzione trova compiuti riferimenti nelle norme costituzionali. Basti pensare alla necessità che la pena tenda alla rieducazione del condannato (art. 27, co. 3 Cost.), al divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, al principio di personalità della responsabilità penale (art. 27, co. 1 Cost.), alla necessità di rispettare un rapporto di proporzionalità tra fatto ed entità della sanzione (artt. 2 e 3 Cost.)¹²⁷.

D'altra parte, non si può negare che dalla Costituzione provengono solo indicazioni di massima e principi generali, non fornendo essa tutte le risposte o non potendo da essa desumersi direttive di criminalizzazione e decriminalizzazione precise, soprattutto con riferimento a beni emergenti non specificamente contemplati. Così come non si può disconoscere che, essendo le disposizioni costituzionali frutto di un compromesso tra posizioni ideologiche contrastanti, sono anche suscettibili di interpretazioni divergenti, soprattutto con riferimento ai rapporti tra valori collidenti. Tutto ciò non fa tuttavia venir meno la centralità delle indicazioni promananti dalle norme costituzionali nella ricostruzione del sistema, in considerazione del loro carattere sovraordinato, della valenza garantistica dei principi che esse esprimono in materia penale, della portata ideologica e politica degli stessi. Il riferimento al dettato costituzionale consente di evitare scelte illiberali da parte di un diritto penale avulso dalla realtà socio-politica in cui esso è destinato ad operare e di emanare (od interpretare) le norme secondo criteri afferrabili e condivisibili da tutti i destinatari, proprio perché espressione di quelle opposte tendenze ideologiche che hanno trovato il loro punto di incontro nella norma fondamentale dello Stato. Tale impostazione ha anche il pregio di segnalare con evidenza le scelte aporetiche, non coerenti, cioè, con la logica costituzionale, cui dovrebbe ispirarsi il sistema: se gli obiettivi, i *τελος* di riferimento sono fissati

¹²⁷ MOCCIA, *Il diritto penale*, cit., pp. 33 e ss.; ID., *La perenne emergenza*, II ed., Napoli 1997, p. 15; BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, loc. cit.

in norme rigide, evidentemente tutte le scelte normative debbono rispettare il funzionalismo che ad essi le lega¹²⁸.

Occorre peraltro evidenziare che l'elemento caratterizzante del diritto penale rispetto agli altri rami dell'ordinamento è la previsione, quale conseguenza di un determinato comportamento, di una sanzione incidente in maniera considerevole sulla libertà personale. Anche per la funzione che la pena è chiamata a svolgere non sono possibili tutte le opzioni, avendo la nostra Costituzione chiaramente espresso lo scopo cui devono tendere la minaccia e l'applicazione della sanzione criminale¹²⁹. Essa rappresenta la principale scelta di politica criminale, l'elemento

¹²⁸ Con ciò non si vuol dire che l'orientamento teleologico basato sui principi desumibili dalle norme della Costituzione comporti una integrale costituzionalizzazione della dommatica, attenendo i suddetti principi alle scelte fondamentali e residuando per il legislatore margini di scelta entro cui esercitare la propria discrezionalità politico-criminale. A titolo di esempio, l'art. 27 co. 1 Cost. lascia al legislatore la scelta tra forma dolosa e/o colposa di realizzazione del reato, ma non certo la possibilità di configurare ipotesi di responsabilità per fatto altrui o di natura puramente oggettiva. In tale caso l'ambito della discrezionalità che residua al legislatore risulterebbe superato, con la conseguente illegittimità costituzionale della norma. Cfr. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., pp. 146 ss., nonché, per una chiara adesione alla prospettiva funzionalistica innanzi esposta, CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, Napoli 2000, pp. 349 ss.

¹²⁹ La rieducazione deve essere intesa come recupero del soggetto alla società attraverso una sua spontanea partecipazione al programma teso alla realizzazione di tale obiettivo. Sarebbe infatti contrastante con i nostri principi costituzionali una rieducazione imposta come malcelata forma di costrizione verso ideali e regole di convivenza che il soggetto è libero di non condividere. Così come potrebbe accadere che il soggetto non abbia alcun bisogno di risocializzazione. In questo caso, come in quello precedente, la risocializzazione, possibile solo se necessaria e condivisa dal destinatario dell'intervento, non giustifica più l'inflizione di una sanzione penale; essa resta però un' esigenza e trova comunque un fondamento nelle ragioni di prevenzione generale e speciale, soprattutto se legata alla protezione di beni particolarmente significativi. In tali situazioni il principio di risocializzazione non perde la sua importanza, potendo essere formulato in termini di non desocializzazione o non ulteriore desocializzazione: l'inflizione della sanzione, non essendo finalizzata alla risocializzazione, non per questo deve diventare meramente afflittiva, con la sperimentazione di modalità di esecuzione della pena quanto più possibile gratificanti per la persona umana. MOCCIA, *Il diritto penale*, cit., pp. 105-106. Concorde con tale impostazione ALESSANDRI, *Rapporti civili sub art. 27 1° co.*, in *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, p. 76.

In tal modo la pena diviene lo strumento attraverso cui l'ordinamento offre al reo la "possibilità di orientare la propria esistenza nel senso del rispetto di quella altrui", il mezzo per aggregare e rafforzare il consenso sociale intorno ai valori ed ai principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico, MOCCIA, op. ult. cit., p. 104.

Da quanto detto appare evidente come sia possibile optare solo per gli aspetti cd. positivi della prevenzione, sia sul piano generale che speciale: la pena deve essere uno strumento di integrazione sociale. Tale esigenza interagisce con i principi di legalità-tassatività-determinatezza e di offensività, attribuendo loro un significato ed un ruolo fondamentale nella realizzazione della prospettiva risocializzatrice: la riconoscibilità del comportamento vietato e la percepibilità del suo disvalore sociale sono infatti presupposti essenziali per porre il soggetto in condizione di comprendere la ragione del rimprovero che gli viene mosso.

Non sono, quindi, praticabili utilizzazioni della pena per finalità deterrenti al di là del naturale effetto di intimidazione connesso alla stessa posizione di una norma incriminatrice. Neppure in tale fase, però, si può perseguire un effetto di deterrenza assoluta, in primo luogo perché la norma sarebbe illegittima, in quanto contrastante con un principio costituzionale; in secondo luogo perché il presupposto per la risocializzazione è la possibilità, per il reo, di sentire come giusta l'inflizione di una sanzione ragionevolmente equilibrata

caratterizzante del sistema, il parametro di riferimento per la comprensione del rapporto tra Stato e cittadino nel suo dover-essere. A questo si aggiunge la centralità sistematica della funzione della pena nella ricostruzione del sistema penale: rappresentando essa l'obiettivo cui l'intero tessuto normativo deve tendere, la funzionalità di ciascuna norma alla creazione delle condizioni perché esso possa essere raggiunto rappresenta il punto di vista privilegiato per l'elaborazione sistematica. E' ancora partendo dalla funzione della pena che può facilmente verificarsi la conformità degli orientamenti ermeneutici relativi ai vari istituti del diritto penale ai principi fondamentali previsti dalla Costituzione. Gli stessi principi

rispetto all'effettivo disvalore sociale del fatto, in considerazione del rilievo che il bene leso assume nella società.

La mancanza di equilibrio ragionevole tra sanzione e illecito, così come la mancanza di chiarezza nella norma, non aiuta l'aggregazione del consenso: la collettività finirebbe col considerare l'intervento punitivo un sopruso piuttosto che una necessità. L'equilibrio tra sanzione penale e gravità del fatto deve essere realizzato innanzitutto dal legislatore, all'atto della predeterminazione dei limiti edittali della pena. Il principio di proporzionalità tra pena e gravità del fatto costituisce l'attuazione del principio di uguaglianza in materia penale, dato che due reati ritenuti di eguale gravità saranno puniti con una pena identica. E' chiaro, però, che una corretta attuazione del principio di uguaglianza, nel suo aspetto sostanziale, quale sottolineato dall'art. 3, comma 2 della costituzione, esige l'attribuzione al giudice di una discrezionalità fisiologica nella attuazione della giustizia del caso concreto e, quindi, nella determinazione di una pena equa in relazione ad un fatto caratterizzato da connotati specifici, contingenti ed irripetibili. Nel compiere questa attività di commisurazione, il giudice dovrà tener conto dei criteri predefiniti dal legislatore, sebbene essi non possano essere pienamente esaustivi; ma soprattutto dovrà esplicitare e motivare le ragioni della sua valutazione, rigorosamente limitata, quanto all'oggetto, al fatto giudicato, senza considerazioni in materia di prevenzione o di difesa sociale: il giudice non ha il compito di perseguire finalità di prevenzione generale o speciale, applicando "pene esemplari"! Determinazione legislativa e giudiziale dovrebbero concorrere nell'individuazione della pena minima effettivamente necessaria, in tal modo incidendo sulla libertà personale del reo nella misura che risulti davvero inevitabile. Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari 1990, p. 399 ss. Prospettive intimidatrici non possono essere tenute presenti al momento dell'infrazione della sanzione, così come dell'esecuzione della stessa, perché contrastanti col principio di risocializzazione - non desocializzazione e perché comportanti la trasformazione del singolo in strumento per l'intimidazione altrui, con una pena determinata in funzione del pericolo che altri commettano un illecito. Per tali considerazioni si veda MOCCIA, op. ult. cit., p.110.

A ciò si aggiunga che l'effetto intimidatorio non è tanto il frutto di una pena esemplare, quanto dell'effettività della pena, cioè della sua prontezza e vicinanza temporale con l'illecito. Soltanto tale contiguità tra delitto e pena provoca la associazione delle due idee di delitto e pena, l'unica in grado di garantire che il timore del castigo orienti il singolo per la scelta di un comportamento corretto. L'idea risale a BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Torino 1965; v. anche MOCCIA, op. ult. cit., pp. 110-111.

"In questa prospettiva l'intervento penale si giustifica, dunque, nella misura in cui si riesce ad armonizzare la sua necessità per il bene della società con il diritto, anch'esso da garantire, del soggetto al rispetto della autonomia e della dignità della sua persona". Sono parole di MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., pp. 17-18. Da esse emerge chiaramente la necessità di utilizzare la sanzione criminale, che è pur sempre la forma più incisiva di limitazione della libertà e personalità dell'individuo, solo quando è stata perpetrata una offesa ad un bene di importanza quantomeno comparabile a quella della libertà personale, là dove non sia possibile utilizzare strumenti di protezione diversi dalla norma penale, eventualmente anche più efficienti di essa. Soltanto a tali condizioni si può giustamente responsabilizzare il singolo dinanzi alla commissione di un illecito penale.

fondamentali assumono un più denso e peculiare significato se analizzati alla luce del *τέλος* privilegiato del nostro sistema penale, la rieducazione del condannato.

La stessa Corte Costituzionale¹³⁰ ha sottolineato il rilievo del principio fondamentale contenuto nel 1° co. dell'art. 27 Cost., dicendo a chiare lettere che l'espressione utilizzata ("tendere alla rieducazione") non esprime soltanto una generica tendenza rilevante nel momento dell'esecuzione, ma indica "una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, che l'accompagna da quando nasce nell'astratta previsione legislativa fino a quando si estingue".¹³¹ In tale ottica il verbo tendere, sottolinea ancora la Corte, vuole esprimere solo l'inevitabile discrasia tra finalità rieducativa e volontà partecipativa del destinatario al processo di risocializzazione.

L'analisi dei criteri di imputazione del fatto al soggetto e, dunque, anche del dolo va affrontata alla luce di tali premesse metodologiche. La ricostruzione dell'istituto presuppone che si chiarisca il suo ruolo nella struttura del reato in vista dell'attuazione delle finalità politico-criminali del sistema penale, con particolare riferimento alla funzione della pena. L'interrogarsi sulla collocazione dell'elemento soggettivo nella categoria della tipicità, ovvero in quella della colpevolezza, allora, lungi dal rappresentare una sterile polemica dommatica, implica la necessità di risolvere un problema che ha natura politico-criminale, essendo le predette categorie chiamate a svolgere ben precisi compiti per assicurare la funzionalità del sistema. Chiarita la ragion d'essere dell'istituto e, quindi, la sua collocazione teleologica, sarà possibile comprendere se l'ermeneutica delle norme che lo scolpiscono debba essere affrontata nell'ottica propria dei problemi di tipicità, oppure in quella dei

¹³⁰ Corte Cost. sentenza n° 313/1990, in *Giur. Cost.* 1990, p. 1994; la centralità teleologica della funzione della pena nella ricostruzione del sistema penale è evidente anche nelle sentenze n° 364/1988 e 322/07 (quest'ultima in materia di irrilevanza dell'errore sull'età della persona offesa ex art. 609 *sexies* c.p.).

¹³¹ Si aggiunga che se la pena postula la presenza di un soggetto da rieducare, anche la determinazione delle condizioni che devono sussistere per l'intervento punitivo viene inevitabilmente influenzata dalla funzione risocializzante che deve avere la sanzione criminale: anche nell'accertamento del reato si deve puntare l'attenzione su quei contenuti che esprimono il disvalore sociale del comportamento e della volontà del reo. In tal senso, FIORELLA, *Reato in generale*, cit. p. 772. Ne deriva una stretta correlazione tra scelte politiche e struttura del reato: la ristrettezza della trattazione che della sistematica teleologica si fa in questa sede e la complessità dell'argomento ci consentono solo un rinvio ad opere più specifiche. Tra queste, insuperata, ROXIN, *Politica criminale*, cit. p. 37 ss.

problemi più strettamente inerenti alla funzione della pena, caratteristici della categoria denominata “colpevolezza”¹³². Come risulterà nel corso dell’esposizione, infatti, ritengo che l’elaborazione del dolo eventuale e la sua pretesa riconducibilità alla nozione di dolo scolpita nell’art. 43 c.p. sia il frutto -più o meno consapevole- della collocazione dommatica del criterio soggettivo di imputazione tra i problemi inerenti alla colpa e della conseguente tensione ermeneutica determinata dalla penetrazione di istanze preventive o etico-retributive nella ricostruzione dell’istituto.

3. L’origine della disputa sulla collocazione sistematica del dolo: il dibattito sul concetto di azione

La disputa sulla definizione del rapporto tra elemento soggettivo e fatto tipico trova la sua origine nel dibattito sul concetto di azione, assumendo ben presto la connotazione di una diatriba prettamente dommatica.

La deriva concettualistica del dibattito ha molto spesso offuscato le ragioni pratiche della necessità di individuare una nozione di azione penalmente rilevante¹³³. Ha, a maggior ragione, fatto perdere di vista la valenza politico-

¹³² In questa sede, per comodità espositiva, è preferibile utilizzare il termine colpa, perché particolarmente diffuso nella manualistica e nelle trattazioni monografiche, sebbene in accezioni non sempre sovrapponibili. Nel corso dell’esposizione si vedrà come, in realtà, sarebbe preferibile parlare di “responsabilità” in luogo di colpa, al fine di indicare quelle circostanze inerenti al fatto od al soggetto che operano quali limiti alla pretesa punitiva dello Stato, perché espressive di situazioni nelle quali l’applicazione della sanzione non potrebbe sortire gli effetti cui essa dovrebbe tendere. Tale accezione, che presuppone la soluzione del problema della collocazione sistematica dell’elemento soggettivo, consente infatti di depurare la categoria da quelle scorie eticizzanti legate alla funzione retributiva della pena evocate dal termine “colpa”. Cfr. MOCCIA, *Il diritto penale*, cit., pp. 88 e ss, 141 e ss.

¹³³ L’esigenza di individuare un concetto unitario di azione, capace di esprimere quali sono le peculiarità costanti di ogni tipo di fatto penalmente rilevante, gli elementi del comportamento umano che ne fanno oggetto di valutazione da parte dell’ordinamento, trova la sua ragion d’essere nella constatazione della non assimilabilità del fatto umano al semplice fenomeno naturale. Invero, è sotto gli occhi di tutti che l’accadimento umano non produce solo una modificazione della realtà fisica, avendo una diretta incidenza sulla convivenza sociale. Sicché si tratta di individuare gli aspetti che conferiscono al fatto umano particolare rilevanza nelle relazioni sociali. Volendo tradurre sul piano delle considerazioni politico-criminali tale aspirazione, si può ritenere che la finalità perseguita fosse quella di individuare degli argini alla discrezionalità del legislatore nel determinare i presupposti della responsabilità penale, oltretutto a quella del giudice in sede di applicazione pratica delle norme, mediante l’elaborazione di concetti di parte generale utili ad assicurare maggiore uniformità interpretativa. E’ quindi possibile cogliere una tensione teleologica in questa aspirazione, sebbene i riferimenti assiologici della stessa venissero rinvenuti in pretese strutture predate della realtà, con l’ovvia influenza dell’impostazione culturale di ciascuno. Laddove tali riferimenti andrebbero rinvenuti, come già detto, nei valori fondamentali alla base della convivenza sociale, quali

criminale delle diverse opzioni ricostruttive. Peraltro esso è stato fortemente influenzato dall'impostazione culturale dei vari autori. Il che non rappresenta un atteggiamento del tutto errato -anzi, è forse inevitabile-, in quanto evidenza, in linea con la premessa metodologica svolta poc'anzi, come la scienza penalistica sia direttamente collegata, nella concezione della pena e, quindi, nella costruzione dei concetti, alla cultura dominante. Tuttavia andrebbe chiarito che l'unica influenza possibile in relazione all'elaborazione di uno strumento tecnico destinato a svolgere

desumibili dalle norme della Costituzione. Cfr. SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli 1955, pp. 13 e ss., anche in relazione a M.E.MAYER, *Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht*, 1901, ivi citato.

E' ormai un dato acquisito l'erroneità metodologica del tentativo di enucleare il concetto di azione penalmente rilevante partendo da dati pregiuridici e precostituiti, alla ricerca di un *quid* legato all'essenza dell'uomo ed alla natura delle cose. La ragione dell'impossibilità di attingere a dati meta-positivi per individuare i connotati strutturali dell'illecito, infatti, risiede nel fatto che ciascuna concezione pre-giuridica dell'agire coglie alcuni aspetti caratteristici dell'esperienza umana, sicché prendere in considerazione un solo orientamento finisce coll'espore il concetto elaborato al relativismo, così come tendere ad una sintesi delle varie connotazioni ontologiche significherebbe provare l'impossibile o l'inutile (si vedano GALLO, *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, in Studi Urbinati, 1948-49, pp. 243 ss; PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo 1960, pp. 194 ss. e PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato*, Milano 1954, pp. 46 ss.). Sicché l'unico metodo praticabile nella ricostruzione della struttura generale del fatto penalmente rilevante è quello che tiene conto del materiale e dei criteri normativi offerti dal legislatore, operando con astrazioni logico-concettuali là dove essa risulti definita soltanto in parte (v. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano 1971, pp. 30ss.).

Il problema, pertanto, non afferirebbe più alla ricerca di definizioni ontologiche, costituendo un tipico problema di interpretazione del diritto positivo circa la portata dei requisiti della coscienza e volontà della condotta (v. MARINUCCI, op. ult. cit., pp. 130 e ss.). In tal senso il concetto di azione può continuare a svolgere una funzione delimitativa, individuando i requisiti minimi che la condotta umana deve possedere affinché ci si possa eventualmente interrogare della sua rilevanza penale. Azione è ciò che può attribuirsi ad un soggetto come centro di atti psicologico-spirituale, in quanto manifestazione di personalità. Un concetto del genere, in linea con l'impostazione personalistica del sistema penale costituzionalmente orientato, consente di escludere dal penalmente rilevante fatti che, pur appartenendo alla sfera corporea dell'uomo, non sottostanno al controllo dell'io; oltre a pensieri ed impulsi della volontà, finché non trovino espressione nel mondo esterno: in entrambi i casi il fatto non è manifestazione di personalità (v. ROXIN, *Il concetto di azione nei più recenti dibattiti della dottrina penalistica tedesca*, in Studi in memoria di G. Delitala, Milano 1984, p. 2104 e ss., MARINUCCI, op. loc. ult. cit. e, più di recente, FERRANTE, *La suitas nel sistema penale*, Napoli 2010). E così non sono manifestazioni di personalità le azioni degli animali; non sono azioni i semplici pensieri: finché essi non si traducono in una manifestazione di personalità -che può anche consistere, come nell'omissione, nella delusione di un'aspettativa- restano chiusi nell'animo; non sono azioni i comportamenti determinati da *vis absoluta*, nonché i movimenti dell'uomo nei quali non è riconoscibile alcuna coordinazione psichica, direzione o scopo. Ne consegue che, al contrario, sono azioni i comportamenti determinati da *vis compulsiva* e quelli consistenti in atti automatici o commessi in un tumulto di passione, atteso che in essi non manca la capacità dell'apparato psichico del soggetto di adattarsi agli avvenimenti del mondo esterno (v. ROXIN, op. loc. ult. cit.). Un concetto del genere svolge bene anche la funzione di elemento fondamentale e di raccordo tra le varie tipologie di reato, con particolare riferimento all'omissione, anch'essa qualificabile quale manifestazione di personalità, come delusione di un'attesa comportamentale. Esso esprime quanto sufficiente per una nozione pre-penalistica non lontana sia dalla concezione naturalistica (che individua l'azione nel movimento corporeo volontario), sia dalla concezione normativistica (che fa leva, al fine di distinguere azione e non azione, sui concetti di evitabilità-non evitabilità dell'occorso), enucleando la sostanza per le successive valutazioni normative. In questi termini il già citato, pregevole lavoro di ROXIN, *Il concetto di azione nei più recenti dibattiti della dottrina penalistica tedesca*.

un ruolo *lato sensu* politico -assicurare la pacifica convivenza di tutti, qualunque sia l'orientamento culturale di ciascuno- è quella delle impostazioni culturali poste alla base del vivere in società, quali cristallizzate nel dato normativo costituzionale.

E' ormai dato acquisito nella dommatica penalistica che il dibattito sulla teoria dell'azione non sia pervenuto ai risultati sperati¹³⁴. La ricerca di un concetto unitario capace di assolvere a tutte le funzioni che si riteneva dovesse svolgere ha evidenziato l'impossibilità di pervenire all'obiettivo perseguito¹³⁵. Non si è infatti riusciti ad elaborare, sulla base dell'astrazione dalle norme di parte generale e dalle singole fattispecie di reato, un concetto di azione che non fosse troppo generico, come tale inidoneo ad assumere il ruolo di pietra miliare del sistema penale. Infatti, prescindendo dai connotati oggettivi e soggettivi delle singole tipologie di reato si giunge a nozioni incapaci di includerle tutte con sufficiente precisione, pur senza anticipare le caratteristiche proprie di ognuna di esse¹³⁶.

Gli sforzi effettuati, pur nella consapevolezza dell'imprescindibilità di una elaborazione sistematica fondata sull'enucleazione di concetti e definizioni generali degli elementi del reato, ha in realtà mostrato come il concetto fondamentale del sistema penale è la conformità al tipo, non riuscendo a pervenirsi ad una nozione di azione utile ai fini sistematici senza il riferimento a caratteristiche proprie delle

¹³⁴ V. diffusamente MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., nonché ROXIN, *Il concetto di azione*, cit., pp. 2085 ss.

¹³⁵ Sulle quali funzioni v. MARINUCCI, op. ult. cit., pp. 3 e ss., nonché ROXIN, op. ult. cit., pp. 2085 ss. In particolare, il concetto dovrebbe assolvere anzitutto una funzione classificatoria, accogliendo in sé tutte la manifestazioni dell'agire umano rilevanti per il diritto penale (azione ed omissione, comportamento doloso e comportamento colposo). Quindi, una funzione limitativa, al fine di escludere a priori ed a prescindere dalle variabili proprie di ciascuna fattispecie accadimenti che in nessun caso possono venire in rilievo ai fini delle valutazioni penalistiche. Una funzione di collegamento sistematico tra le categorie del reato, elaborando il concetto di azione in maniera neutrale rispetto a tipicità, antigiuridicità e colpevolezza, senza anticipare i problemi di imputazione propri del *Tatbestand* ed, in generale, profili valutativi propri di ciascuna categoria e tuttavia non prescindendo da un contenuto materiale sufficiente per poterne fare la base della sistematica del reato.

¹³⁶ MARINUCCI, *Il reato*, cit., pp. 1-2-3, in relazione alle opere di JESCHECK, *Lehrbruch des Strafrechts*, A.T. 1969 e SCHMIDAUSER, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, in *Gedächtnisschrift für G. Radbruch*, 1968.

singole fattispecie e, dunque, a quelle che, nella prospettiva della teoria dell'azione, avrebbero dovuto costituire qualità della stessa¹³⁷.

Cionondimeno il dibattito in questione, nella contrapposizione tra oggettivismo e soggettivismo, così densa di significati ideologici e politico-criminali ai fini dell'individuazione dei presupposti della responsabilità penale in relazione alle funzioni della pena, ha evidenziato l'importanza del disvalore di evento e del disvalore di azione, concetti oggi imprescindibili nell'elaborazione sistematica¹³⁸, posto che qualsiasi autore riconosce la centralità della stretta relazione tra azione tipica e significato offensivo della stessa per un'adeguata comprensione del disvalore del reato, necessaria a giustificare la compressione della libertà personale conseguente all'inflizione della sanzione penale¹³⁹. Ancora, ha consentito di impostare la sistematica del reato passando dalla logica esclusivamente categoriale, tesa all'ordinata sistemazione concettuale del materiale normativo, ad una logica attenta allo scopo, all'idea sottesa alla conformazione degli istituti giuridici. Idee e valori che non vanno ricercati in dati pre-giuridici, ma vanno trovati nel tessuto

¹³⁷ Queste sono le conclusioni cui giungono ROXIN, *Il concetto di azione*, cit. e MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit.

In tale prospettiva viene evidenziato che, sebbene si sia rivelata impraticabile l'idea per la quale il concetto di azione avrebbe dovuto costituire la pietra angolare del sistema penale, una totale rinuncia ad esso neppure sarebbe possibile. Infatti, abbandonata la velleità di attingere la relativa definizione a dati ontologici ed esaminata attentamente la struttura del reato sulla base degli indici di diritto positivo, è ormai opinione largamente condivisa quella per cui una totale rinuncia alla teoria dell'azione neppure sarebbe possibile, perché necessaria alla soluzione di numerosi problemi di natura pratica presenti, sia pure con diverso rilievo, in tutte le fattispecie. Tale conclusione è resa evidente dall'art. 42 c.p., che, nel richiedere coscienza e volontà quali coefficienti minimi di imputazione soggettiva, individua una componente indefettibile della condotta penalmente rilevante necessaria per ogni fattispecie (v. MARINUCCI, op. ult. cit., pp. 13 ss e, più di recente, FERRANTE, *La suitas nel sistema penale*, cit.).

¹³⁸ MARINUCCI, *Il reato*, cit., pp. 125 ss. L'importanza sistematica soprattutto del finalismo nell'elaborazione dei concetti di disvalore di azione e disvalore di evento quali note di valore che concorrono ad esprimere il significato offensivo del fatto e la centralità dei momenti soggettivi quali caratteristiche dell'illecito penale, a differenza di illeciti delineati in altri rami dell'ordinamento (si pensi all'art. 2043 c.c., che fonda l'illiceità del fatto su un concetto oggettivo, quale quello di ingiustizia) sono evidenziate con molta chiarezza da GALLO, *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca*, in *Studi Urbinati 1948-50*, Milano 1951, pp. 255 e ss.

¹³⁹ Sulla centralità e la concorrenza dei concetti di disvalore di evento e disvalore di azione nell'esprimere il significato dell'illecito penale, la sua gravità e la meritevolezza di pena, anche alla luce del confronto con la struttura degli illeciti extrapenal, nei quali dolo e colpa rappresentano tecniche di costruzione della responsabilità, piuttosto che dati imprescindibili di identificazione del fatto nei suoi caratteri di illecito modale, si veda diffusamente DONINI, op. ult. cit., pp. 50 e ss.

normativo che delinea i connotati generali del reato¹⁴⁰. Soprattutto, ha consentito di analizzare con più accortezza le varie componenti della struttura del reato, singolarmente e nelle loro interazioni.

Conseguenza diretta di tale diversa impostazione è stata la costruzione separata delle varie tipologie di reato, che ha consentito di affrontare le peculiarità proprie di ciascuna senza il condizionamento derivante dall'elaborazione delle altre, recuperando il ritardo dommatico accumulato nello studio dei reati colposi ed omissivi in particolar modo. Per quel che più direttamente interessa in questa sede, sono state le ricerche sul concetto di azione a porre interrogativi, con maggiore consapevolezza della portata assiologica e non esclusivamente dommatica del problema, sulla fondatezza della sistematica per la quale dolo e colpa costituirebbero forme della colpevolezza e non, piuttosto, dati rilevanti per la tipicità della condotta. Proprio i risultati di tale dibattito consentono oggi di svolgere considerazioni sul tema affrontandolo nella prospettiva della sua valenza politico-criminale e del conseguente rapporto con le finalità della pena. La costruzione separata delle fattispecie inoltre, sebbene abbia giovato soprattutto all'elaborazione delle fattispecie colpose ed omissive, ha indotto maggiore analiticità ed approfondimento anche nello studio delle componenti intellettiva e volitiva del dolo e della loro relazione¹⁴¹.

Un'analisi compiuta della tematica oggetto di studio, pertanto, non può che avere come sfondo e momento ispiratore tale dibattito, perché in esso affonda le sue radici l'elaborazione dommatica del dolo eventuale e da esso possono trarsi spunti critici per l'esame della compatibilità delle varie nozioni al riguardo elaborate con i dati di diritto positivo e, più in generale, con i principi fondamentali del sistema penale italiano.

¹⁴⁰ MARINUCCI, *Il reato*, cit., pp. 150 ss.

¹⁴¹ MARINUCCI, *Il reato*, cit., pp. 136 e ss; 154 e ss.

4. La separazione tra oggettivo e soggettivo nella fattispecie penale

L'idea della netta separazione tra oggettivo e soggettivo nella struttura del reato trova la sua origine nella dottrina tradizionale di ispirazione naturalista.

In linea con l'impostazione scientifica dominante nell'analisi della realtà fenomenica¹⁴², il reato viene concepito come una modificazione del mondo materiale¹⁴³ nella quale l'azione umana penalmente rilevante è costituita dal solo profilo oggettivo del fatto¹⁴⁴ e dalla conseguente alterazione della convivenza sociale, in quanto movimento che produce la lesione di un bene tutelato dalla norma penale¹⁴⁵. La prospettiva causale consente di trattare unitariamente fattispecie dolose e colpose: uccidere un uomo significherebbe cagionarne la morte e ciò sarebbe sufficiente ad esprimere il modello dell'azione tipica, risolvendosi esso nella forza efficiente del comportamento¹⁴⁶.

In quest'ottica il dolo e la colpa divengono semplici modalità di manifestazione di un comportamento il cui nucleo rilevante ai fini della tipicità è rappresentato in via esclusiva dalla potenza causale. Il concetto unitario di *Tatbestand*, fondato su

¹⁴² Rifuggendo da ogni metafisica, infatti, la realtà viene ridotta ai rapporti esterni tra le cose, regolati da rigide leggi di collegamento e successione. La scienza viene chiamata ad occuparsi solo di queste leggi, in quanto il suo compito non potrebbe mai andare al di là della constatazione dei dati di fatto. Compito che si traduce, allora, nell'analisi dei rapporti tra accadimenti basati sulla causalità meccanica. Quest'ultima rappresenta la legge generale regolativa ed esplicativa di tutti gli avvenimenti, anche quelli coinvolgenti il comportamento umano quale fattore causale. SANTAMARIA, *Prospettive*, cit., pp. 78 ss., in relazione a WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935, pp. 12-13.

¹⁴³ Celebre esempio di applicazione del modello delle scienze naturali all'elaborazione dei concetti giuridici è quello fatto in ordine ai reati commessi con la pronuncia di parole, nei quali l'azione sarebbe costituita dal movimento di vibrazioni d'aria e dalla conseguente attivazione di processi fisiologici nel sistema nervoso del destinatario delle espressioni.

¹⁴⁴ L'approdo estremo di tale costruzione del mondo secondo la logica della causalità è costituito dal ritenere che anche le azioni umane trovano il loro determinismo in cause generali. Il crimine, in tale prospettiva, rappresenterebbe un effetto necessario ed indefettibile dell'organizzazione sociale ed il delinquente un capro espiatorio della società. Al legislatore non sarebbe data alcuna possibilità di deviare il determinismo dell'esistenza, potendo egli inserirsi in esso solo per supportare il naturale fluire della vita sociale (SANTAMARIA, op. ult. cit., pp. 79-80, ancora con riferimento a WELZEL, *Naturalismus*, cit., pp. 12-13).

¹⁴⁵ Va comunque sottolineata l'importanza di tale elaborazione. Come già detto innanzi, infatti, il dibattito sull'azione ha consentito l'elaborazione di concetti che oggi costituiscono riferimenti teleologici insostituibili nella sistematica del reato. In questa prospettiva, allora, è possibile cogliere nell'attenzione ai profili oggettivi del fatto i concetti embrionali che, opportunamente valorizzati nella loro portata politico-criminale, saranno alla base dell'elaborazione della nozione di disvalore d'evento, ove i profili materiali vengono presi in considerazione nella loro dimensione assiologia.

¹⁴⁶ SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, cit., pp. 19-20-21, in relazione a H. MAYER, *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, 1936 e WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, 1938.

una netta distinzione tra interno ed esterno, poggia sulla forza causale e sugli altri elementi oggettivi del fatto¹⁴⁷. In esso la componente volontaristica si riduce ad essere la genesi del movimento corporeo, sicché essa può dirsi causa di tutto ciò che l'uomo compie, in quanto conseguenza del movimento stesso. Tutto ciò che è prodotto dalla volontà è voluto, anche se non previsto (Binding); ovvero, in altra prospettiva, ma con lo stesso risultato, niente di quanto viene prodotto dalla volontà è voluto, al di fuori del movimento corporeo (Zitelmann). Per entrambi gli autori la volontà rileva solo come genesi del movimento corporeo. Quel che ne consegue ai fini della tipicità della condotta è voluto anche senza rappresentazione dell'effetto, essendo voluta la causa, il movimento corporeo; oppure è irrilevante che sia voluto, dovendo la volontà concepirsi a prescindere dalla rappresentazione¹⁴⁸. Il contenuto del volere -cioè, il dolo e la colpa- non involgono problemi di tipicità del fatto, ma rilevano ai fini del giudizio di colpevolezza, come qualità dell'azione. Ai fini della tipicità della stessa è invece sufficiente la certezza che l'autore del fatto volontariamente abbia dato vita al movimento corporeo o sia rimasto inerte¹⁴⁹.

Fedelmente all'impostazione metodologica che si è ritenuto di adottare in ordine al rapporto tra elaborazione dommatica e riferimenti assiologici, va sottolineato lo stretto legame esistente tra la separazione di profilo oggettivo e soggettivo nella struttura del reato e la necessità di soddisfare, per tal via, esigenze pratiche di natura squisitamente politica.

L'idea del *Tatbestand* esclusivamente oggettivo nasce infatti nel diritto processuale dalla distinzione tra inquisizione generale, tendente alla ricostruzione dell'accadimento esterno (il cd. *corpus delicti*) e l'inquisizione speciale, finalizzata all'ottenimento di una confessione da parte dell'imputato. L'elaborazione in termini di teoria del reato effettuata da Beling e basata sulla separazione tra oggettivo e

¹⁴⁷ DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato* (1930), in *Raccolta degli scritti: Diritto Penale, I*, Milano 1976; BATTAGLINI, *Diritto Penale, P.G.*, 1934; CONTI, *Diritto penale e suoi limiti naturali*, 1912; SANTANGELO, *L'estinzione del reato nel momento processuale*, 1948.

¹⁴⁸ SANTAMARIA, op. ult. cit., p. 38, in relazione a RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904.

¹⁴⁹ SANTAMARIA, op. ult. cit., pp. 25 ss., con riferimento a BELING, *Die Lehre Vom Verbrechen*, 1906.

soggettivo, interno ed esterno, nasce dall'esigenza di frapporre un argine di garanzia per l'individuo in sede di accertamento del reato. Viene così elaborato il concetto di *Tatbestand* generale, contrapposto al *Tatbestand* speciale. Il primo comprende solo gli elementi esteriori, oggettivi e descrittivi: la tipicità nasce e si sviluppa per rispondere all'esigenza di individuare un criterio semplice, preciso e certo di definizione dell'ambito dell'illecito, capace di eliminare mementi valutativi nell'accertamento del fatto. Si delinea così la tripartizione classica, nella quale la tipicità è limitata contenutisticamente alle circostanze di fatto oggettive (causalità, oggetto, mezzo modalità esteriori dell'azione ed evento). La valutazione sociale della condotta e l'elemento soggettivo vengono relegati all'antigiuridicità ed alla colpevolezza, in quanto implicanti momenti di discrezionalità -la prima- od un particolare regime probatorio -il secondo- che intaccherebbero la linearità dell'accertamento dell'elemento oggettivo¹⁵⁰.

La schematizzazione tripartita della struttura del reato, riflettendo un ordine logico da rispettare in sede di accertamento processuale dello stesso, diviene baluardo contro possibili involuzioni autoritarie dell'ordinamento. La sussistenza del reato, infatti, va verificata partendo dalla conformità al tipo procedendo verso il contenuto interiore dell'azione, non viceversa. Ciò risponde all'esigenza di sottrarre all'ambito del penalmente rilevante il modo d'essere dell'individuo, ancorando la sanzione penale ai soli comportamenti esteriori. Si tratta della tipica aspirazione di stampo illuministico-liberale tesa ad evitare che il delitto possa identificarsi con la pura volizione o con qualsiasi moto dell'animo umano non estrinsecatosi in un comportamento esteriormente percepibile quale modificazione della realtà circostante¹⁵¹.

¹⁵⁰ SANTAMARIA, op. ult. cit., pp. 22-23-43-44, ancora con riferimento a BELING, *Die Lehre Vom Verbrechen*, 1906.

¹⁵¹ G.V. DE FRANCESCO, *Il "modello analitico" fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale* (a cura di Stile), Napoli 1991, pp. 215-216, anch'egli con riferimento a BELING, *Die Lehre Vom Verbrechen*, 1906, citato in.

L'elemento soggettivo del reato svolge, in tale prospettiva, una funzione descrittiva del modo d'essere della volontà che sorregge l'azione. La portata garantistica di tale componente dell'azione penalmente rilevante va ravvisata nell'indifferenza della dimensione psicologica della colpevolezza a valutazioni di tipo funzionalistico. Non v'è spazio alcuno per l'esame della personalità individuale, né tantomeno per la pericolosità del soggetto: l'impostazione rigidamente egalitaristica non consente disparità in relazione ai presupposti ed all'entità della sanzione penale. Così, attribuendo alla colpevolezza una funzione essenzialmente descrittiva delle componenti interiori del fatto, si intende preservare l'individuo da intromissioni nella sua sfera più intima e da strumentalizzazioni per finalità preventive¹⁵².

5. Il dolo come manifestazione di colpevolezza nella prospettiva della funzione etico-retributiva della pena

Per quanto ispirata ad un'esigenza garantistica¹⁵³, l'impostazione testé descritta presta tuttavia il fianco a critiche di natura sistematica legate alla effettiva coerenza con le aspirazioni politico-criminali che caratterizzano il nostro ordinamento. Peraltro, la legittima aspirazione dell'elaborazione dogmatica ad influire sulla prassi applicativa induce a ritenere che tale teoria presenti punti deboli anche con riguardo alla sua attitudine ad assicurare la piena attuazione delle predette finalità di politica criminale, soprattutto alla luce dell'ormai irreversibile processo di normativizzazione della categoria della colpevolezza.

¹⁵² V. ancora G.V. DE FRANCESCO, *Il "modello analitico"*, cit., pp. 205-206, sempre in relazione a BELING, *Die Lehre Vom Verbrechen*, 1906.

¹⁵³ Probabilmente è proprio questa matrice garantista della tripartizione belinghiana ad indurre il timore che un superamento della rigida contrapposizione tra oggettivo e soggettivo nella struttura del reato possa determinare pericolose involuzioni soggettivistiche. La preoccupazione è però eccessiva, posto che il principio del *nullum crimen sine actione* costituisce ormai un dato acquisito nella teoria del reato difficilmente superabile, trovando precisi riferimenti in norme costituzionali (cfr. in questi termini G.V. DE FRANCESCO, op. ult. cit., p. 217). Piuttosto, come si vedrà, è proprio la collocazione del dolo e della colpa nella colpevolezza, unitamente al passaggio ad una concezione normativa e non più psicologica della categoria, a creare i presupposti per involuzioni illiberali ed a far perdere la valenza garantista del concorso del coefficiente di imputazione soggettiva alla compiuta descrizione della fattispecie, comportando il rischio che l'imputazione soggettiva sia condizionata da considerazioni inerenti alla personalità dell'autore del reato.

Invero, la costruzione di una tipicità puramente oggettiva risponde, come già detto, all'esigenza di preservare la definizione dell'ambito del penalmente rilevante da pericolose incursioni sul modo d'essere del soggetto. Basare il procedimento logico di accertamento del reato sulla sussistenza di un comportamento percepibile quale fenomeno fisico che modifica il mondo esteriore secondo le leggi della causalità garantisce l'ancoraggio del reato ad una realtà materiale e non ad insondabili moti dell'animo. In tale prospettiva il *Tatbestand* costituisce un baluardo di garanzia, perché circoscrive la punizione dell'atteggiamento contrario al dovere di osservanza delle norme ai soli comportamenti esteriori connotati da certe caratteristiche, compito che la categoria della tipicità riesce ad assolvere tanto meglio, in quanto la definizione del fatto tipico viene fondata sulla pretesa logica causale alla base di tutti gli accadimenti, anche umani, in quanto tale struttura predata della realtà vincolante anche per il legislatore.

Sul piano politico-criminale, allora, collocare il coefficiente di imputazione soggettiva nella categoria della colpevolezza significa escludere che il suo ruolo nella struttura del reato sia costituito dal contribuire alla descrizione di un accadimento umano, funzione assolta dal *Tatbestand* e dalle sue componenti esclusivamente oggettive. L'elemento soggettivo, quindi, dal punto di vista politico-criminale non partecipa della funzione di garanzia e di individuazione dell'ambito del penalmente rilevante. Piuttosto, esso costituisce il fondamento della punibilità, quale volizione di un maleficio di cui dolo e colpa rappresentano forme di manifestazione e rispetto a cui la categoria della tipicità funge da argine, circoscrivendo la rilevanza delle espressioni di ribellione all'ordinamento alle sole ipotesi in cui esse trovano estrinsecazione in fatti pre-determinati e modellati secondo la logica causale che domina la realtà. L'azione dolosa in particolare viene concepita come negazione del diritto prevista quale conseguenza di un movimento dell'organismo, espressione della libertà umana che infrange l'assetto normativo. Tant'è che, in tale prospettiva, l'imputabilità diviene necessario presupposto di un'azione autenticamente dolosa, difettando altrimenti le condizioni per poter

ritenere il comportamento una contrapposizione all'ordinamento espressiva di una libera e consapevole scelta antidoverosa¹⁵⁴.

Il fondamento ultimo di tale concezione è costituito dall'idea che l'illecito penale, in quanto manifestazione di una libera determinazione della volontà, esprima un atteggiamento ribelle del soggetto, a fronte del quale la società reagisce con l'inflizione di una pena tesa a ristabilire l'integrità dell'ordinamento con la compensazione della frattura determinatasi. La volontà ribelle del reo, manifestatasi nell'agire doloso o colposo, deve "sentire la pressione" derivante dall'inflizione della pena, al fine di riaffermare i valori negati dal comportamento illecito¹⁵⁵. In definitiva, il dolo -ed, in generale, il coefficiente di imputazione soggettiva- viene concepito quale fulcro della responsabilità penale, nell'ottica di una colpevolezza intesa quale legame psicologico tra soggetto e fatto che fonda il rimprovero mosso al soggetto, fungendo da presupposto per l'applicazione di una pena chiamata a ristabilire il diritto violato dal reato e ad annullare il male realizzato. La colpevolezza si identifica con il dolo perché riflette l'idea che "si debba punire solo un preciso atteggiamento psichico riportabile alla volontarietà e che la pena debba essere proporzionata al singolo atto di volontà in sé considerato"¹⁵⁶.

Sorvolando per adesso sulla centralità del profilo soggettivo della fattispecie per l'individuazione del tipo di fatto e la costruzione del *Tatbestand* secondo criteri di tassatività e determinatezza nella definizione dei presupposti di riferibilità del fatto al soggetto davvero rispondenti alle funzioni politico-criminali della categoria della tipicità, va anzitutto osservato che l'impostazione poc'anzi descritta è strettamente legata alla fondazione del diritto penale sull'idea di colpevolezza ed alla concezione etico-retributiva della sanzione penale, entrambe incompatibili con i principi di riferimento evincibili dalle norme costituzionali.

¹⁵⁴ Cfr. SANTAMARIA, *Interpretazione e dottrina nella dottrina del dolo*, cit., pp. 3 e ss.

¹⁵⁵ SANTAMARIA, op. ult. cit., pp. 4 e ss. e 34 e ss.

¹⁵⁶ SANTAMARIA, voce *Colpevolezza*, cit., p. 649.

Come ben noto per il diritto penale della colpevolezza si è in presenza di una violazione della legge penale là dove la condotta contraria alla norma costituisca espressione di una libera scelta comportamentale del soggetto, determinatosi per l'illecito nonostante in condizione di comportarsi diversamente. In presenza di tale presupposto può muoversi un rimprovero etico al soggetto che consente di ritenerlo colpevole di un fatto riprovevole. La rimproverabilità del comportamento legittima lo Stato a contrastare la condotta dannosa retribuendola con l'applicazione di una pena in misura corrispondente all'intensità della colpevolezza¹⁵⁷.

Questa impostazione ideologica gode da tempo di un lungo favore, anche perché facilmente comprensibile e rispondente al senso comune¹⁵⁸. A ciò si aggiunga la sua duttilità ad essere intesa anche in funzione preventiva, atteso che, pur fondandosi il rimprovero su un giudizio rivolto al passato, la riprovazione espressa con l'applicazione della pena persegue inevitabilmente anche lo scopo pratico-pedagogico di indurre il reo a non commettere più reati¹⁵⁹.

Sono tuttavia altrettanto noti gli inconvenienti della concezione retributiva per il suo insanabile contrasto con i principi fondamentali del nostro contesto ordinamentale da Stato sociale di diritto¹⁶⁰.

In particolare, si osserva anzitutto che la pretesa di annullare la volontà malvagia con l'infliczione della pena è un obiettivo irrealizzabile, a fronte dell'eterogeneità delle grandezze a confronto e della natura tutta interiore della liberazione dal male, rispetto alla quale lo Stato può soltanto limitarsi a predisporre le condizioni per il

¹⁵⁷ V. la lucidissima sintesi di ROXIN, *Che cosa resta della colpevolezza nel diritto penale*, in *Politica criminale*, cit., p. 149 ss.; anche MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, Napoli 1989, pp. 155-156 e ss.

¹⁵⁸ V. ROXIN, op. loc. ult. cit., e FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1987, p. 874.

¹⁵⁹ Cfr. FIANDACA, op. loc. ult. cit. e MAGGIORE, *Prolegomeni al concetto di colpevolezza*, Palermo 1951, p. 180.

¹⁶⁰ V. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 85.

recupero del soggetto ai valori sottesi alle norme che definiscono i comportamenti leciti ed illeciti¹⁶¹.

Ma, anche a voler ipotizzare l'efficacia della sanzione penale quale strumento di espiazione, ergere lo Stato a tutore dell'etica pubblica è un assunto incompatibile con i principi su cui si fonda la democrazia. Anche il potere giudiziario trova infatti il suo fondamento sulla sovranità popolare e non su istanze trascendenti, sicché la giurisdizione non può elevarsi moralmente rispetto al cittadino, dovendo piuttosto limitarsi ad assicurare la pacifica convivenza tra consociati con la tutela di quegli interessi che, al di là del relativismo etico di ognuno, costituiscono il nucleo di valori condivisi perché basilari per la vita associata¹⁶².

Ulteriore critica che viene mossa all'idea della retribuzione di colpevolezza è di carattere ontologico ed attiene al suo necessario presupposto, costituito dal riconoscimento della possibilità per l'individuo di agire diversamente. Infatti è opinione ormai indiscussa che risulta impossibile provare il libero arbitrio con metodi praticabili nel processo penale, sicché l'inflizione della pena finisce coll'essere basata su una supposizione incerta, come tale irrazionale, in quanto legata ad un atto di fede¹⁶³. Peraltro, pur dando per certa la possibilità di agire diversamente, occorrerebbe provare un dato ulteriore, rappresentato dalla possibilità effettiva di comportarsi secondo le aspettative dell'ordinamento. Requisito che rispetto alle caratteristiche di disadattamento sociale e debolezza culturale ed intellettuale della maggior parte dei soggetti delinquenti, assume una "colorazione quasi farsesca"¹⁶⁴, salvo ritenere la loro capacità di adeguarsi alle prescrizioni

¹⁶¹ V. MOCCIA, op. loc. ult. cit.; ROXIN, op. ult. cit., p. 150, nonché, con uno sguardo al dibattito culturale che sull'argomento ha interessato i giuristi tedeschi, MOCCIA, *Politica criminale*, cit., p. 64.

¹⁶² MOCCIA, *Il diritto penale*, cit., pp. 86-87; MOCCIA, *Politica criminale*, cit., pp. 64-65; ROXIN, op. ult. cit., p. 150, ove peraltro l'illustre autore pone in evidenza la concreta impraticabilità di un giudizio morale contro l'imputato nell'ambito di un processo penale il cui oggetto è circoscritto all'accertamento di un singolo reato, posto che occorrerebbe far luce sull'intera esistenza del soggetto e sui più nascosti moti dell'animo che l'hanno caratterizzata.

¹⁶³ In tal senso MOCCIA, *Il diritto penale*, cit., p. 87 e ROXIN, *Che cosa resta della colpevolezza*, cit., p. 149.

¹⁶⁴ MOCCIA, *Politica criminale*, cit., pp. 66-67-68, con riferimento a STRATENWERTH, *Leitprinzipien der Strafrechtsreform*, 1970.

normative come indiscutibilmente presente e, quindi, priva di incidenza effettiva ai fini del rimprovero di colpevolezza.

Infine, neppure può essere accolta l'idea che vede nella pena fondata sul rimprovero etico il mezzo migliore per la lotta alla criminalità: essa è inevitabilmente orientata al passato, laddove combattere il delitto significa prevenire future violazioni. Sicché pare illogico voler perseguire un obiettivo proiettato nel futuro con un mezzo tutto rivolto al passato, cui sono estranei scopi preventivi. Infatti, delle due l'una: o il mezzo risulterà inadeguato, oppure, più correttamente, va conformato in maniera tale da essere idoneo allo scopo avuto di mira¹⁶⁵.

Or, l'associazione tra coefficiente soggettivo di imputazione e colpevolezza, per la quale dolo e colpa costituirebbero forme di manifestazione dell'atteggiamento antidoveroso del soggetto, per quanto si voglia depurare l'idea del rimprovero dalla sua portata etica, facendolo scaturire soltanto dal rispetto della legge quale fondamento dell'ordinamento giuridico e per quanto ci si sforzi di evidenziare la proiezione al futuro del rimprovero stesso, non fa venire meno il rischio di una confusione tra diritto e morale, attesa la matrice culturale di tale impostazione¹⁶⁶.

In realtà, una volta sottratto il coefficiente soggettivo alla categoria del fatto tipico, l'elaborazione dommatica di dolo e colpa, lungi dall'ispirarsi alla funzione di garanzia propria della tipicità, assume quale riferimento teleologico, in una prospettiva che li vede fondamento della punibilità, l'idea di comportamento antidoveroso da rimproverare e punire¹⁶⁷. Ciò anzitutto non rappresenta un argine sufficiente a depurare senz'altro la responsabilità penale da connotazioni etico-morali: l'idea di riprovevolezza quale fondamento della punibilità è inevitabilmente aperta alla possibilità di identificazione del dolo in particolare con la volontà malvagia. In secondo luogo, sforzandosi di depurare il rimprovero da connotazioni

¹⁶⁵ ROXIN, op. ult. cit., p. 151 e, per le indicazioni provenienti da una indagine empirica sul punto, sebbene in relazione all'ordinamento tedesco, MOCCIA, *Il diritto penale*, cit., p. 88 (in particolare, autori citati nella nota n° 246).

¹⁶⁶ Cfr. G.V. DE FRANCESCO, *Il "modello analitico"*, cit., p. 208 e FIANDACA, op. ult. cit., p. 874.

¹⁶⁷ Cfr. G.V. DE FRANCESCO, op. ult. cit., pp. 221-222.

etiche, avere quale riferimento assiologico nell'ermeneutica delle norme che scolpiscono i coefficienti di imputazione soggettiva l'idea di rimprovero per un comportamento antidoveroso determina il rischio che la ricostruzione della struttura di dolo e colpa sia condizionata da considerazioni inerenti al bisogno di pena, piuttosto che dalla prospettiva della descrizione più compiuta e precisa possibile di un accadimento umano. La penetrazione di tali profili valutativi, ponendo in secondo piano la portata descrittiva del coefficiente soggettivo, crea il pericolo che le nozioni di dolo e colpa vengano elaborate in funzione dell'attitudine ad esprimere un atteggiamento antidoveroso o di indifferenza ai valori della società e non della loro portata definitoria dell'ambito del penalmente rilevante. Ancora, comporta l'ulteriore rischio che la verifica della colpevolezza si identifichi con la valutazione dell'intima moralità del reo, tendenza cui la prassi applicativa si mostra in verità incline¹⁶⁸.

In definitiva, sorta con l'aspirazione di circoscrivere l'ambito della discrezionalità del giudice, limitando la rilevanza penale ai soli fatti esteriori ed escludendo incursioni nell'intima moralità del reo, la scissione tra oggettivo e soggettivo, pur avendo favorito il progressivo abbandono di forme di responsabilità oggettiva, non risulta pienamente in grado di assicurare la realizzazione dei principi politico-criminali propri dello Stato sociale di diritto. Essa è infatti esposta a possibili strumentalizzazioni determinate da valutazioni di opportunità inerenti al bisogno di pena e di rimprovero, in quanto tali suscettibili di essere influenzate dalla concezione etica di ciascuno, ovvero dalla maggiore o minore sensibilità verso fenomeni sociali e valori ad essi sottesi. Come si vedrà ciò è particolarmente evidente nella elaborazione di nozioni di confine, quale appunto quella del dolo eventuale. Alcune teorie riflettono infatti in maniera abbastanza marcata questa impostazione metodologica, facendo leva sull'indifferenza del soggetto verso i beni tutelati dalle norme penali per inferirne il coefficiente volitivo in aggiunta al profilo rappresentativo dell'imputazione dolosa.

¹⁶⁸ V. FIANDACA, op. ult. cit., pp. 874-875 e G.V. DE FRANCESCO, op. ult. cit., p. 208.

6. Il dolo come manifestazione di colpevolezza nella prospettiva delle funzioni preventive della pena

Constatata l'impraticabilità di scelte di natura etico-retributiva con riferimento alle funzioni legittimamente perseguibili in uno Stato di diritto mediante l'irrogazione della sanzione penale, cionondimeno si è ritenuto il richiamo al principio di colpevolezza ed alla rimproverabilità della condotta quale presupposto della pena imprescindibile -sebbene depurato da connotazioni di natura etica- anche nell'ottica della prevenzione, tanto generale quanto speciale, per la funzione garantistica di limite all'intervento punitivo statale che esso svolgerebbe. Il collegamento con il concetto di retribuzione di colpevolezza consentirebbe infatti di mantenere un rapporto di proporzionalità tra gravità del fatto commesso e pena irrogata, laddove considerazioni preventive potrebbero indurre al superamento di tale relazione quantitativa. A ciò si aggiunga che il mantenimento di un rapporto tra pena e responsabilità per il fatto, oltre ad assumere la suddetta valenza garantistica, sarebbe necessario anche per la corretta funzionalità dell'intervento preventivo. Esso, infatti, elimina il rischio degli effetti desocializzanti di una pena eccessiva o comunque legata alla commissione di un fatto non rimproverabile al soggetto, rappresentando un presupposto perché il reo avverta la sanzione inflittagli come giusta. Considerazioni che vengono estese anche nell'ottica della prevenzione generale, non potendo pretendersi di aggregare consensi, rafforzare valori e lanciare moniti comportamentali se non in presenza di un sistema sanzionatorio penale operante secondo una logica comprensibile da parte dei consociati. In tale prospettiva, allora, considerazioni preventive e retributive convivono nella categoria della colpevolezza, divenendo riferimenti teleologici per l'elaborazione della sua struttura e del suo contenuto che interagiscono e si limitano a vicenda¹⁶⁹. Con la conseguenza che la penetrazione di istanze preventive nella ricostruzione della categoria della colpevolezza e, contestualmente, l'irreversibile passaggio ad una

¹⁶⁹ Sui rapporti tra colpevolezza e prevenzione di vedano i lavori di PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1987, 798 e ss.; ROXIN, *Che cosa resta della colpevolezza nel diritto penale*, in *Politica criminale*, cit., p. 149 e ss.; ROXIN, *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1980, pp. 369 e ss.; FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, cit.

concezione normativa e non più psicologica della stessa, senza tuttavia abbandonare l'ottica per la quale dolo e colpa costituirebbero manifestazioni di colpevolezza, hanno reso l'elaborazione dei coefficienti di imputazione soggettiva permeabile alle esigenze di prevenzione generale o speciale.

La fondatezza dogmatica della separazione tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo del reato è stata sostenuta infatti anche nell'ottica della pena intesa in funzione preventiva.

Nella prospettiva della prevenzione generale, infatti, sia se intesa esclusivamente quale intimidazione rivolta alla generalità dei consociati per impedire violazioni future, sia valorizzando i profili positivi della prevenzione, quale strumento di aggregazione sociale e consolidamento dei valori su cui si basa la convivenza, viene estremamente valorizzata la causazione dell'evento quale fondamento della punibilità¹⁷⁰. Poiché solo l'evento viola il diritto, la volontà risulta irrilevante ai fini della realizzazione del *Tatbestand*, anche perché, rivolgendosi la contropartita psicologica alla generalità dei consociati, essendo funzionale a trattenere tutti i possibili autori di reati, avrebbe poco senso concepire l'inflizione della pena come espressione di un rimprovero calibrato sul singolo soggetto¹⁷¹. La prospettiva, rispetto alla separazione tra oggettivo e soggettivo nel comportamento umano penalmente rilevante elaborata nell'ottica della concezione retributiva della pena è esattamente rovesciata: la condotta è punita non perché manifestazione di volontà antidoverosa, ma perché violazione di un diritto altrui, riconoscibile all'esterno in forza della modificazione della realtà scolpita nel *Tatbestand* secondo la ben nota logica causale. Anche per tale impostazione la tipicità svolgerebbe la funzione politico-criminale di arginare l'arbitrio di governanti e giudicanti, definendo in anticipo l'ambito del penalmente rilevante ed ancorandolo alla necessità che la tipicità venga scolpita secondo una struttura pre-data di azione, incentrata sulla

¹⁷⁰ MOCCIA, *Il diritto penale*, cit., p. 66.

¹⁷¹ MOCCIA, op. loc. ult. cit. e SANTAMARIA, *Prospettive*, cit., pp. 40-41 (ove si fanno ampi riferimenti a STUBEL, *Ueber den Tatbestand der Verbrechen*, 1805, BRUNS, *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, 1932 e FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, II, 1799-1800).

modificazione del mondo esterno causalmente imputabile al comportamento umano e produttiva di un evento significativo, in quanto lesivo di diritti ed interessi riconosciuti dall'ordinamento¹⁷².

L'accentuazione della centralità del profilo oggettivo della fattispecie quale fondamento della punibilità se, da un lato, ha consentito l'elaborazione di un riferimento teleologico ormai imprescindibile nella teoria generale del reato come il concetto di disvalore di evento, dall'altro, con l'attenuazione dell'importanza della personalizzazione del rimprovero rivolto al soggetto, costituisce l'anticamera della responsabilità oggettiva. Infatti, il riferimento cui ancorare la costruzione della struttura dell'illecito diviene la generalità dei cittadini, posto che l'inflizione della sanzione penale ha come obiettivo quello di dissuaderli dal tenere comportamenti produttivi di eventi socialmente dannosi disapprovati dall'ordinamento. Portando tale funzionalizzazione dell'illecito alla dissuasione collettiva dal realizzarlo alle estreme conseguenze, diviene del tutto irrilevante la presenza del nesso psichico tra autore e fatto, atteso che il messaggio da veicolare alla collettività si sostanzia nel monito di non realizzare certe conseguenze. Rispetto ad un obiettivo siffatto potrebbe seriamente sostenersi che la presenza di un nesso psichico non costituisca presupposto indefettibile per il suo raggiungimento, essendo del tutto plausibile ipotizzare un incremento dell'efficacia intimidatrice della norma penale che si limitasse a minacciare l'applicazione di sanzioni penali rispetto alla produzione di certi eventi a prescindere dalla necessità di accertare la riferibilità del fatto al soggetto anche sul piano psichico¹⁷³.

E' ben evidente che tale prospettiva non sarebbe sostenibile, perché incompatibile con il principio di personalità della responsabilità penale ed, in generale, con l'impostazione personalistica della Costituzione. Invero, essa determina una chiara strumentalizzazione dell'individuo per finalità politico-

¹⁷² Ancora SANTAMARIA, op. ult. cit., p. 42, in relazione a FEUERBACH, *Lehrbruch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1847.

¹⁷³ Cfr. FIANDACA, *Considerazioni*, cit., pp. 842-843 e PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, cit., p. 819.

criminali che lo trascendono, in quanto rivolte alla generalità dei consociati e non al suo recupero alle regole del vivere civile, come imposto dalla funzione rieducativa della pena prevista dall'art. 27, co. 3 Cost¹⁷⁴.

Tuttavia, pur senza giungere all'estremo della responsabilità oggettiva, ritenendo, al contrario, la colpevolezza -sebbene depurata da connotazioni eticizzanti- e, quale suo elemento costitutivo, il coefficiente di imputazione soggettiva del fatto all'autore sempre necessari, perché non sarebbe ipotizzabile alcuna motivabilità od intimidazione normativa, né tantomeno un'aggregazione di consensi intorno ai valori fondanti della società rispetto a fatti che si sottraggono al potere di signoria del soggetto¹⁷⁵, permangono perplessità sull'influenza negativa che può essere esercitata da calcoli generalpreventivi nell'elaborazione sistematica del nesso psichico. Invero, una volta ribadito il dualismo oggettivo-soggettivo ed espunto il coefficiente soggettivo dalla categoria del fatto tipico, la sua attrazione nella categoria della colpevolezza funzionalisticamente ricostruita in vista dell'attuazione di istanze preventive determina il rischio che queste ultime penetrino nella struttura dei coefficienti di imputazione soggettiva¹⁷⁶. In tale prospettiva, per quanto ci si possa sforzare di ribadire la valenza garantistica dell'idea del rimprovero di colpevolezza rispetto all'attuazione di finalità preventive, anche a causa dell'ormai irreversibile processo di normativizzazione della categoria della colpevolezza, dolo e colpa tendono a smarrire la loro funzione descrittiva del rapporto di signoria del soggetto rispetto al fatto e, dunque, di un accadimento umano, piegandosi alla funzione di definizione di criteri formali di imputazione plasmati sulla base del punto di vista valutativo del bisogno collettivo di punizione, cui si aggiungono preoccupazioni di semplificazione della prova¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Cfr. MOCCIA, op. ult. cit., pp. 83 e ss., nonché, con più specifico riguardo alla tematica della responsabilità oggettiva, pp. 142 e ss.

¹⁷⁵ Cfr. sui rapporti tra colpevolezza e prevenzione FIANDACA, op. ult. cit., pp. 840 e ss., PADOVANI, op. ult. cit., pp. 798 e ss., nonché ROXIN, *Che cosa resta della colpevolezza*, cit., pp. 151 e ss.

¹⁷⁶ Cfr. FIANDACA, op. ult. cit., pp. 851 e 859, nonché G.V. DE FRANCESCO, op. ult. cit., pp. 221-222.

¹⁷⁷ Cfr. FIANDACA, op. ult. cit., p. 862, nonché G.V. DE FRANCESCO, op. ult. cit., p. 207.

Come si vedrà questa tendenza a penalizzare il momento descrittivo dell'imputazione soggettiva, trasformandolo nella violazione di regole obiettive caratterizzate da coefficienti probabilistici più o meno elevati di verifica di eventi, parte dall'esigenza pratica di definire criteri di accertamento del dolo secondo la logica propria della prova indiziaria ed approda ad una ricostruzione dell'istituto puramente normativa, nella quale l'elemento soggettivo diviene criterio di allocazione del rischio penale orientato da logiche che trascendono il singolo individuo¹⁷⁸. In un simile quadro sistematico la penetrazione di istanze preventive nella ricostruzione del coefficiente di imputazione soggettiva, inevitabile a seguito dell'attrazione di dolo e colpa nella categoria della colpevolezza, comporta il rischio che la piena attuazione del principio della personalità della responsabilità penale venga funzionalmente condizionata dall'esigenza di ristabilire la sicurezza di tutti i consociati, con la trasformazione del singolo reo in un capro espiatorio mediante cui realizzare un effetto di deterrenza e riaffermare i valori fondanti della convivenza civile¹⁷⁹.

Questa tendenza alla penetrazione di profili valutativi di tipo generalpreventivo¹⁸⁰ nella ricostruzione della nozione di dolo come si vedrà è particolarmente evidente nell'elaborazione del dolo eventuale. Alcune teorie riflettono infatti in maniera abbastanza marcata questa impostazione metodologica, con l'appiattimento del momento volitivo in quello intellettuale e l'ancoraggio dell'accertamento di quest'ultimo alla violazione di regole obiettive di diligenza connotate da elevato coefficiente probabilistico di verifica di conseguenze penalmente rilevanti¹⁸¹.

¹⁷⁸ Cfr. G.V. DE FRANCESCO, op. ult. cit., pp. 210-211.

¹⁷⁹ Cfr. FIANDACA, op. loc. ult. cit.; si veda anche, in una prospettiva storica e con riferimento alla figura del dolo indiretto, le considerazioni di MOCCIA, *Carpozov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1979, pp. 35-36.

¹⁸⁰ Sull'influenza di considerazioni generalpreventive nella ricostruzione del dolo si veda anche EUSEBI, *In tema di accertamento del dolo: confusioni tra dolo e colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1987, pp. 1077 e ss.

¹⁸¹ L'influenza di considerazioni di tipo generalpreventivo nella ricostruzione della colpevolezza e del coefficiente di imputazione soggettiva è particolarmente evidente in alcune pronunce giurisprudenziali. Rinviano al prosieguo dello studio l'analisi delle pronunce specificamente attinenti alla tematica oggetto del lavoro, va sottolineato che in verità la stessa disciplina dell'ignoranza della legge penale quale venutasi a

Le perplessità manifestate nei confronti della separazione tra profilo oggettivo e profilo soggettivo e della considerazione di dolo e colpa quali manifestazioni della colpevolezza permangono anche nella prospettiva della funzione specialpreventiva della pena.

Invero, si è sostenuto con una certa plausibilità logica che il rimprovero di colpevolezza sarebbe necessario anche in funzione dell'applicazione di una pena diretta al raggiungimento di obiettivi di prevenzione speciale: la colpevolezza

delineare per effetto della sentenza n° 363/1988 della Corte Costituzionale rappresenta un'evidente commistione tra prospettiva empirico-descrittiva nella definizione della colpevolezza, attenta all'effettivo atteggiamento psicologico del soggetto nel caso concreto ed esigenza generalpreventiva di non indebolire eccessivamente il principio di obbligatorietà della legge penale, addossando al cittadino un obbligo di informazione destinato a venir meno solo in casi limite (cfr. sul punto le considerazioni svolte da G.V. DE FRANCESCO, op. ult. cit., pp. 207-208).

Con riguardo all'imputazione dolosa, più recentemente sempre la Corte Costituzionale, con la sentenza n° 322/2007, si è pronunciata, sia pure dichiarando inammissibile la questione per ragioni inerenti alla vicenda concreta sottoposta al suo esame, sulla disciplina dell'*error aetatis* in materia di reati sessuali, svolgendo un ragionamento dal quale traspare in maniera evidente il condizionamento di istanze generalpreventive nella ricostruzione del coefficiente di imputazione soggettiva dell'età della persona offesa. La Corte ha infatti osservato che effettivamente l'età inferiore ai quattordici anni della persona offesa rappresenta l'elemento sui cui gravita l'intero disvalore della fattispecie ex art. 609 *quater* c.p., con la necessaria conseguenza che, ai fini del rispetto dell'art. 27, co. 1 Cost., in ossequio ai principi espressi nella citata sentenza n° 364/1988, l'elemento dell'età, qualunque sia il suo ruolo nella struttura della fattispecie, deve poter essere collegato all'agente anche dal punto di vista soggettivo.

Logico corollario di tale affermazione, venendo in rilievo una fattispecie punita solo a titolo di dolo, avrebbe dovuto essere il ritenere necessaria la piena rappresentazione dell'età della persona offesa da parte del reo, con l'applicazione delle disposizioni generali in tema di imputazione dolosa ed errore di fatto, di cui agli artt. 43 e 47 c.p.

Al contrario la Corte, pur ribadendo che in nessun caso il legislatore può prescindere *in toto* dal coefficiente soggettivo di partecipazione dell'autore al fatto, ritiene possibile una graduazione del predetto coefficiente nell'ambito delle diverse forme di colpevolezza, pretendendo dall'agente un particolare impegno nell'evitare la lesione di valori esposti a rischio da determinate attività, in rapporto alla natura della fattispecie e degli interessi che debbono essere preservati. Sicché -ad esempio- la scelta compiuta con la disposizione di cui all'art. 609 *sexies* c.p., sicuramente derogatoria rispetto agli ordinari criteri di imputazione dolosa, dettata per esigenze di tutela rafforzata dell'integrità sessuale dei fanciulli e per evitare facili allegazioni di vere o supposte situazioni di ignoranza od errore anche colposo sull'età del minore, potrebbe ritenersi lesiva del principio di colpevolezza unicamente nella parte in cui neghi rilievo all'ignoranza od all'errore inevitabile sull'età. Giudizio di inevitabilità che postula in chi si accinga al compimento di atti sessuali con un soggetto che appare di giovane età un impegno conoscitivo proporzionale alla pregnanza dei valori in gioco, il quale non può certo esaurirsi nel mero affidamento nelle dichiarazioni del minore. Fermo restando che, qualora gli strumenti conoscitivi o di apprezzamento di cui il soggetto attivo dispone lascino residuare il dubbio circa l'effettiva età -maggiore o minore dei 14 anni- del *partner*, detto soggetto, al fine di non incorrere in responsabilità penali, deve necessariamente astenersi dal rapporto sessuale, giacché operare in situazioni di dubbio circa un elemento costitutivo dell'illecito, lungi dall'integrare ipotesi di ignoranza inevitabile, equivale ad un atteggiamento psicologico di colpa se non, addirittura, di dolo eventuale.

Risulta abbastanza evidente come esigenze di tutela rafforzata dei beni in gioco, in diretta connessione con considerazioni inerenti alle dinamiche della prova nel processo penale, siano state poste a fondamento della ricostruzione di un coefficiente di imputazione di tipo ascrivito più che descrittivo, con l'addossamento del rischio dell'errore sull'età della persona offesa in capo al reo, la sua punizione a titolo di dolo anche in caso di ignoranza colposa, il perseguimento di finalità di deterrenza apertamente affermate con l'ammonimento ad astenersi dal rapporto sessuale in caso di dubbio sul dato in questione.

costituirebbe un requisito irrinunciabile quale presupposto della responsabilità penale anche in tale ottica, per l'esigenza di garanzia del singolo nel rapporto con l'attuazione di finalità pratiche tese alla prevenzione della commissione di futuri illeciti da parte sua¹⁸². Pur volendo aderire a questa tesi, tuttavia, la considerazione del coefficiente di imputazione soggettiva quale uno degli elementi fondanti della rimproverabilità della condotta lascia permanere dubbi circa l'idoneità di tale impostazione ad assicurare la piena attuazione delle predette esigenze di garanzia dell'autore del fatto rispetto ad istanze di natura preventiva, ancorché calibrate sul reo e non sulla collettività.

Invero, così come osservato con riguardo al significato politico-criminale della separazione tra oggettivo e soggettivo nell'ottica della pena retributiva, tale prospettiva, ponendo il reo al centro delle finalità perseguite con l'inflizione della sanzione, sposta il fondamento della punibilità dal *Tatbestand* alla colpevolezza, considerando il dolo e la colpa quali manifestazioni della pericolosità individuale, ovvero espressioni di un bisogno di recupero del soggetto alle regole del vivere civile. La categoria del fatto, invece, permane come argine garantistico contro giudizi sulla personalità individuale privi di un ancoraggio ad un ben preciso comportamento esteriormente percepibile. Ciò comporta che il riferimento teleologico per l'elaborazione di dolo e colpa diviene l'istanza di prevenzione speciale: la pericolosità od il bisogno di rieducazione rappresentano la chiave di lettura del comportamento antidoveroso del reo, in quanto ne costituiscono espressione.

Il punto debole di tale impostazione sistematica è ben evidente. Il coefficiente d'imputazione soggettiva rischia infatti di perdere la sua natura di elemento di collegamento tra soggetto e fatto, espressione della signoria dell'uomo sull'accadimento verificatosi, divenendo la crepa attraverso la quale spostare l'attenzione ed il giudizio di responsabilità penale dal singolo fatto alla personalità

¹⁸² Cfr. sui rapporti tra colpevolezza, coefficiente soggettivo di imputazione e prevenzione speciale FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, cit., pp. 848-849, nonché PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, cit., pp. 798 e ss.

individuale¹⁸³. In questo modo considerazioni relative al bisogno di pena possono penetrare nella ricostruzione della struttura dell'imputazione soggettiva, orientando l'attuazione del principio di personalità della responsabilità penale in senso marcatamente soggettivistico. Uno siffatto impianto dommatico dei rapporti tra profilo oggettivo e profilo soggettivo del reato espone alla possibile deviazione verso un diritto penale dell'atteggiamento interiore o della personalità individuale, rispetto al quale il *Tatbestand* non riuscirebbe a costituire un serio argine nei confronti di valutazioni incentrate sulla necessità di recuperare il reo alle regole del vivere civile, degradando a dato sintomatico della pericolosità individuale o del bisogno di rieducazione manifestatisi con la commissione del fatto illecito¹⁸⁴. Ed è chiaro che la commistione tra profili descrittivi ed aspetti sintomatico-valutativi è destinata ad operare maggiormente, come si vedrà, in relazione a figure di confine quali il dolo eventuale e la colpa cosciente: quel che il coefficiente di imputazione soggettiva perde in termini di univocità descrittiva del legame tra fatto e soggetto, viene integrato mediante considerazioni pragmatiche riguardanti la funzionalità politico-criminale¹⁸⁵.

Volendo tracciare un quadro riassuntivo delle critiche mosse all'impostazione sistematica basata sulla contrapposizione tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo del reato ed alla collocazione del secondo nella categoria della colpevolezza, ancora oggi largamente seguita dalla dottrina ed assolutamente dominante nella prassi applicativa, può dirsi che essa presenta un vizio di fondo suscettibile di compromettere il pieno rispetto dei principi penalistici propri dello

¹⁸³ Cfr. G.V. DE FRANCESCO, op. ult. cit., p. 198, ove si evidenzia come nella prassi giurisprudenziale la contrapposizione tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo funge da presupposto concettuale per guardare al coefficiente psicologico attraverso il filtro della personalità. Così esso perde la sua univocità empirica, "confluendo in un'indifferenziata ed onnicomprensiva sfera soggettiva, includente dati psichici e personalistici, nel cui quadro si opera un'insidiosa commistione tra quanto appartiene al momento descrittivo e quanto appartiene al momento della valutazione sintomatica". In tal modo il dato personalistico modella le regole di accertamento della responsabilità penale con un ampliamento *in malam partem* del loro ambito di applicabilità. Cfr. anche FIANDACA, op. ult. cit., p. 859.

¹⁸⁴ Cfr. G.V. DE FRANCESCO, op. ult. cit., p. 208.

¹⁸⁵ Cfr. G.V. DE FRANCESCO, op. ult. cit., pp. 209-213, nonché FIANDACA, op. ult. cit., p. 860.

Stato sociale di diritto, qualunque sia la prospettiva adottata in ordine alla finalità perseguita con l'applicazione della sanzione penale.

In effetti ribadire la centralità del rimprovero di colpevolezza¹⁸⁶ e sottolineare che dolo e colpa ne rappresentano i presupposti principali, al di là delle riserve che pure è possibile avanzare nei confronti del persistente richiamo alla rimproverabilità della condotta quale requisito della responsabilità penale, significa sottrarre l'elaborazione dogmatica delle regole di imputazione soggettiva a schemi generalizzanti di rilevazione fattuale propri della logica della tipizzazione dell'illecito. E così dolo e colpa, divenendo un problema di colpevolezza, vengono affrontati e studiati secondo la logica funzionalistica propria della categoria¹⁸⁷, con la conseguente penetrazione di istanze inerenti alla finalità della pena nella definizione dei limiti del comportamento lecito. E' inevitabile che in tal modo siano soprattutto i confini dei coefficienti di imputazione soggettiva a risentire maggiormente dell'influenza di valutazioni etico-retributive o preventive, con oscillazioni dell'ambito del penalmente rilevante affidate alla sensibilità dell'interprete verso tali suadenti considerazioni pragmatiche. I limiti di riferibilità del fatto al soggetto assumono caratteri incerti, orientati dal bisogno di pena e dalla prospettiva politico-criminale in cui si colloca l'interprete. L'ancoraggio della sanzione penale al delitto doloso smarrisce la sua funzione garantistica, divenendo grimaldello nelle mani del giudice, da utilizzare in vista del perseguimento di interessi concreti. Insomma, il legame tra soggetto e fatto viene elaborato nella prospettiva della funzione della pena piuttosto che secondo una logica in linea con la sua funzione di definizione del confine del penalmente rilevante o della maggior punibilità, con i conseguenti rischi di contaminazione dell'imputazione con valutazioni etico-morali, di strumentalizzazione del singolo per finalità politico-

¹⁸⁶ Sia pure depurato da connotazioni etiche, elaborato in chiave normativa e concepito quale limite garantistico alle istanze preventive.

¹⁸⁷ Sull'influenza di considerazioni inerenti alla personalità dell'autore o alla malvagità del suo atteggiamento interiore, nella prospettiva che considera dolo e colpa esclusivamente quali forme di colpevolezza e non quali elementi rilevanti anzitutto per la definizione del tipo di illecito nel suo effettivo significato sociale si veda DONINI, *Teoria del reato*, cit., pp. 75 e ss.

criminali che lo trascendono, di trasformazione del giudizio sul fatto in giudizio sulla personalità individuale¹⁸⁸.

7. Il dolo come elemento della tipicità

La tesi della netta separazione tra profilo oggettivo e profilo soggettivo del reato e la pretesa esclusiva rilevanza del primo nella definizione del fatto tipico, sebbene sia sorta nell'ambito di un dibattito avente quale obiettivo l'individuazione delle strutture della realtà che fanno dell'accadimento umano un fenomeno diverso dal semplice fenomeno fisico, al fine di porle alla base della configurazione delle fattispecie criminose, ha, al contrario, determinato l'approdo ad una nozione di tipicità lontana dalla realtà, con una vera e propria eterogenesi dei fini.

Considerare l'accadimento umano come una modificazione della realtà fisica e ritenere che la categoria della tipicità assolve alla sua funzione di definizione dei fatti penalmente rilevanti sulla base di una selezione degli stessi orientata dalla sola logica del dispiegarsi di energia e del rapporto tra essa ed un evento non consente di cogliere la peculiarità del comportamento umano. Esso, infatti, non può essere assimilato ad un qualsiasi altro fenomeno naturale, derivando la sua rilevanza dal significato che assume nelle relazioni sociali: è proprio questo aspetto ad essere alla base delle valutazioni del legislatore¹⁸⁹.

A ciò si aggiunga che il profilo soggettivo accentua ulteriormente la diversità rispetto alla logica dei fenomeni naturali: il fatto umano rilevante per il diritto si presenta sempre in stretta correlazione con un atteggiamento del soggetto agente, che ne rivela il suo essere espressione di personalità individuale, sebbene ciò possa avvenire in maniera più o meno intensa¹⁹⁰. Si tratta di un dato centrale per il diritto e per il settore penale in modo particolare. È infatti proprio tale peculiarità l'aspetto da cui ottenere indicazioni da utilizzare per individuare la reazione

¹⁸⁸ Spunti per tali considerazioni sono stati tratti da MOCCIA, *Carpzov e Grozio*, cit., pp. 10 ss.

¹⁸⁹ Sulla centralità del profilo soggettivo nella definizione del significato fattuale e criminologico del reato si veda DONINI, op. ult. cit., pp. 74 e ss.

¹⁹⁰ Cfr. ROXIN, *Il concetto di azione*, cit., pp. 2110 ss.

dell'ordinamento al fatto realizzato, al fine di strutturarla in maniera coerente con la finalità pratica del diritto, costituita dal mantenimento delle condizioni necessarie al pacifico svolgimento della vita associata, pur nel rispetto della personalità e delle aspirazioni di ciascuno¹⁹¹.

Già da queste brevi considerazioni, allora, risulta evidente come la separazione tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo e la negazione del ruolo di quest'ultimo nell'individuazione del fatto tipico, oltretutto determinare i pericoli evidenziati innanzi circa l'influenza negativa che il riferimento teleologico della categoria della colpevolezza può avere nell'elaborazione del coefficiente di imputazione soggettiva, comporta una definizione della fattispecie lontana dalla realtà degli accadimenti umani, incapace di rispecchiare e descrivere gli stessi nella loro dimensione effettiva. Ciò ad onta del modo in cui le condotte penalmente rilevanti vengono selezionate, attraverso una analisi delle relazioni sociali ed una valutazione del significato di un comportamento di rottura del patto tra i consociati. Ed in maniera non coerente con la funzione pratica del diritto: se esso si rivolge ai consociati, presupponendo, all'evidenza, che essi abbiano coscienza, volontà e capacità di dominio degli accadimenti¹⁹², la definizione di divieti e comandi deve avvenire con un "linguaggio" ed una logica rispondenti all'effettiva dinamica dei fenomeni che si vuol disciplinare, senza inutili complicazioni dommatiche indotte da artificiose ed ingiustificate assimilazioni del fatto umano al fenomeno naturale.

Il vero demerito del naturalismo è stata, infatti, la separazione tra causalità e volontà, due categorie capaci di esprimere il modo d'essere della condotta umana solo se pensate insieme. La volontà non è semplice immagine speculare della causalità: rispetto all'accadimento umano, pensare la seconda senza la prima non ne esprime le peculiarità¹⁹³. Nel momento in cui la volontà si rapporta ad un fenomeno fisico essa non si limita ad una conoscenza passiva delle leggi di decorso causale.

¹⁹¹ Cfr. SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, cit., pp. 10 e ss., 62 e ss.

¹⁹² Cfr. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, 1934, pp. 205 ss.

¹⁹³ Su tali aspetti si veda MARINUCCI, *Il reato come azione*, pp. 70 ss., sulla base delle considerazioni di KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungdelikte*, 1959 e WELZEL, *Un die finale Handlungslehre*, 1949.

Ciò che caratterizza la conoscenza della realtà da parte dell'uomo è infatti la sua capacità di comprendere il concreto, di riconoscere i rapporti tra gli oggetti e gli accadimenti, di prevederne lo svolgimento, prendendo posizione rispetto ad essi e riuscendo ad inserirsi nel processo causale orientandone la direzione. Così, mentre in una logica puramente causale il processo che porta al verificarsi dell'accadimento è l'insieme degli anelli di una catena, l'inserirsi in tale processo del comportamento umano conferisce al fatto un significato diverso: l'evento appartiene al soggetto in maniera del tutto differente da quella in cui un effetto appartiene ad una causa. L'esistenza dell'evento è il frutto di un'autodeterminazione del soggetto, diviene espressione di personalità: tale relazione esprime il peso specifico del fatto umano e costituisce la base delle valutazioni giuridiche¹⁹⁴.

La causalità dei fatti umani, allora, non è semplice relazione tra dati statici, fotografata dalle leggi esplicative dei rapporti tra fenomeni. Piuttosto, esprime il rapporto teleologico tra fatto e soggetto, nel quale è insito un predicato di valore su cui si incentra la valutazione del legislatore nella selezione dei fatti penalmente rilevanti, cioè la signoria dell'uomo sull'accadimento, effettiva o potenziale, a seconda che vengano in rilievo fattispecie dolose o colpose, commissive od omissive¹⁹⁵.

Se, dunque, la volontà si inserisce nel divenire causale come fatto che forma -o che è capace di formare- coscientemente la realtà, ridurla a contenuto del volere, esaurendo la definizione della condotta nella sua dinamica oggettiva, finisce col frammentare la struttura caratteristica dell'azione umana, compromettendone quell'originalità rispetto al mero fenomeno naturale cui si legano le valutazioni del legislatore¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Si veda SANTAMARIA, op. ult. cit., pp. 61 e ss., ove viene svolta un'approfondita analisi delle tesi di WELZEL, *Kausalität und Handlung*, 1931.

¹⁹⁵ V. SANTAMARIA, op. ult. cit., pp. 61 e 74, nonché FOLCHIERI, *La causalità giuridica*, 1915, in *Scritti vari di diritto e filosofia*, pp. 35-36.

¹⁹⁶ Cfr. SANTAMARIA, op. ult. cit., pp. 118 e ss. Sul significato dell'imputazione soggettiva quale espressione di dominio causale sul fatto, effettivo o potenziale, e, dunque, quale nota modale della condotta, insiste anche DONINI, op. ult. cit., pp. 76 e ss. L'Autore sottolinea anche come la distinzione tra dominio effettivo e dominabilità costituisca la ragione del diverso trattamento sanzionatorio tra illecito doloso e illecito colposo, posto che, se si guardasse alla sola dimensione oggettiva del fatto come espressione del disvalore prodotto,

La prospettiva sistematica di cui si è dato brevemente conto, elaborata, come risulta evidente, nell'ambito della teoria finalistica dell'azione¹⁹⁷, è tutta orientata allo sforzo di pervenire ad una definizione del fatto penalmente rilevante come fenomeno della vita sociale e la realtà giuridica come realtà della vita pratica, capace di riflettere la logica propria degli accadimenti umani, piuttosto che di sovrapporre ad essa elaborazioni concettuali effettuate per aspirazioni meramente classificatorie.

Il materiale preso in considerazione dal diritto è infatti costituito da frammenti della vita reale¹⁹⁸. Le norme fotografano una realtà e ne compiono una valutazione. Nel delineare comportamenti vietati e comandati l'ordinamento non trasforma un materiale amorfo, ma descrive il modo di svolgersi delle relazioni umane nel loro dover essere, evidenziando al contempo il significato disfunzionale che condotte antidoverose assumono rispetto al mantenimento delle condizioni minime per la

non si comprenderebbe la disparità della pena comminata. Si vedano anche GALLO, *La teoria dell'azione "finalistica"*, cit., pp. 19 e ss. - 42 e ss.; ID., *L'elemento oggettivo del reato*, Torino 1967, p. 9; DEAN, *Il rapporto di mezzo a fine*, cit., pp. 87 e ss.; BRICOLA, *Teoria del reato*, cit., p. 50; FIORELLA, *Reato in generale*, cit., p. 816.

¹⁹⁷ Sulla teoria finalistica dell'azione, limitando l'indicazione ai contributi più rilevanti, si vedano PAGLIARO, *Teleologismo e finalismo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, pp. 31 e ss.; MOCCIA, *La situazione spirituale della scienza giuridico-penale italiana nel secondo dopoguerra e la prospettiva finalistica*, in AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli, 2007; ROXIN, *Pregi e difetti del finalismo. Un bilancio*, trad. it. a cura di Cavaliere, in AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli 2007, p. 45; HIRSCH, *Principi, sviluppi e fraintendimenti del "finalismo"* trad. it., a cura di Viganò, in AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli 2007; BACIGALUPO, *La teoria finalistica dell'azione e il suo significato nel diritto penale*, in AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli 2007; MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità oggettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2003, pp. 362 e ss.; FIORE, *Ciò che è vivo e ciò che è morto della teoria finalistica in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2003, pp. 380 e ss.; PADOVANI, *Concezione finalistica dell'azione e teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2003, pp. 395 e ss.; PEDRAZZI, *Il fine dell'azione delittuosa*, in *Riv. it. dir. pen.* 1950, p. 259; WELZEL, *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. pen.* 1951, pp. 1 e ss.; ID., *Il nuovo volto del sistema penale*, trad. it. a cura di Pedrazzi, in *Jus*, p. 32 e ss.; SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, cit.; BETTIOL, *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, in *Scritti Giuridici*, tomo I, p. 465 e ss.; DEAN, *Il rapporto di mezzo a fine nel diritto penale*, Milano 1967; GALLO, *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca*, in *Studi Urbinati 1948-50*, Milano 1951, pp. 214 e ss.; ARDIZONE, *Condotte finalisticamente orientate e forme di colpevolezza*, in *Studi in onore di Musotto*, vol. II, Palermo 1979. CAMPISI, *Rilievi sulla teoria dell'azione finalistica*, Padova 1959.

¹⁹⁸ A proposito della funzione pratica del diritto penale nel suo rivolgersi a comportamenti umani si veda anche DONINI, op. ult. cit., pp. 159 e ss., ove si sottolinea che la norma penale andrebbe intesa come precetto indirizzato alla condotta del consociato.

pacifica coesistenza dei partecipanti al patto sociale¹⁹⁹. Tutti i tipi di reato si lasciano comprendere solo come avvenimenti della vita sociale inseriti nelle fattispecie penali, in quanto gli elementi strutturali delle stesse sono dati preformati per mezzo di concetti sociali²⁰⁰.

Beninteso, non si tratta di un richiamo a pretese strutture ontologiche della realtà ed a definizioni meta-giuridiche del reato. Semplicemente, nel momento in cui si dà rilievo alla volontà quale presupposto della responsabilità penale, occorre chiarire quale ruolo tale requisito svolge. E, constatato che l'inserirsi dell'individuo nel mondo delle relazioni sociali con comportamenti volontari si esprime nella capacità di dominare il decorso causale, tale peculiarità della condotta umana rende illegittima una definizione del tipo di fatto che, incentrata sul solo profilo oggettivo e degradando il comportamento umano ad un fattore causale qualunque, non inglobi tale dato della realtà²⁰¹. Essa sarebbe infatti inidonea ad offrire una descrizione compiuta ed effettiva del reato quale accadimento umano. Insomma, prendendo spunto dalle lucidissime considerazioni svolte da due illustri autori a sostegno di tale sistematica, si può affermare che l'inserimento del dolo e della colpa all'interno della struttura della fattispecie, in maniera tale da realizzare un vero e proprio *Tatbestand* soggettivo da abbinare al *Tatbestand* oggettivo, è imposta dall'esigenza di pervenire ad una descrizione legale del tipo pienamente rispondente alla forma tassativa richiesta dallo Stato di diritto²⁰².

¹⁹⁹ Cfr. SANTAMARIA, op. ult. cit., pp. 157 e ss.

²⁰⁰ MARINUCCI, op. ult. cit., pp. 60 e ss. ed ivi citati RADBRUCK, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, 1930 e, del medesimo autore, *Rechtsidee und Rechtsstoff Eine Skizze*, 1923-24.

²⁰¹ "Il dolo è sempre elemento determinante per riconoscere il tipo di fatto penalmente rilevante: l'interpretazione del modello legale si compie con la determinazione del suo caratteristico elemento psicologico". Così SANTAMARIA, *Interpretazione e dommatica*, cit., p. 18.

²⁰² In tal senso ROXIN, *Politica criminale*, cit., pp. 57-58 e MOCCIA, *Il diritto penale*, pp. 124-125. V. anche G.V. DE FRANCESCO, *Il "modello analitico"*, cit. pp. 215 e ss. *Contra* EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., pp. 4-10.

La volontà è un fattore che forma consapevolmente la realtà: ogni pretesa di cogliere il lato esteriore del reato indipendentemente dal contenuto psichico della condotta porta a ricercare la sua caratteristica essenziale nella colpevolezza o a deformare il tipo di azione. La volontà si obiettivizza nelle fattezze del comportamento e si identifica, realizzandosi, con le sembianze del fatto in cui si incarna. In tal senso, SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, cit., pp. 180 e ss. Del resto, non potendo sempre contare su una confessione dell'imputato e dovendosi, ove presente, comunque cercarne conferma nei dati probatori emersi in

L'esigenza di delineare la tipicità del fatto illecito costituente reato in maniera tale che esso risulti il più vicino possibile alla realtà della vita pratica e la conseguente necessità di considerare il nesso psichico tra soggetto ed accadimento esteriore un requisito indefettibile per una descrizione compiuta della fattispecie trova piena conferma nelle indicazioni provenienti dal diritto positivo e nelle considerazioni politico-criminali dalle stesse indotte.

L'attenzione per il concreto modo di svolgersi dei comportamenti umani nelle relazioni sociali è anzitutto imposta dalla funzione pratica dell'ordinamento giuridico. Dalla lettura coordinata delle disposizioni costituzionali e dal complessivo assetto delineato dalla Carta Fondamentale emerge chiaramente che le norme, nel definire le fattispecie con cui si vietano o comandano determinate azioni, intendono individuare il dover essere delle relazioni sociali. Con specifico riferimento alle norme penali, esse sanzionano quei comportamenti di rottura rispetto alle condizioni minime necessarie per la pacifica convivenza che pregiudicano la possibilità per il singolo di esplicare appieno la sua personalità con la fruizione dei beni giuridici tutelati dalle fattispecie di reato (artt. 2, 3, co. 2, 54 Cost.). In tale prospettiva, allora, il "fatto" alla realizzazione del quale l'ordinamento collega l'infrazione di una sanzione penale non può che essere inteso come spaccato della vita associata, accadimento umano di rottura del patto sociale. Esso va dunque definito secondo criteri rispondenti al suo concreto ed effettivo modo di essere, di tal che risulti facilmente riconoscibile il fenomeno sociale cui si intende porre un argine perché disfunzionale rispetto al mantenimento delle condizioni minime per la pacifica convivenza, necessarie per assicurare la piena esplicazione della personalità di ciascuno nel rispetto della medesima aspirazione da parte degli altri consociati.

dibattimento, il profilo esteriore del comportamento, unitamente alle altre circostanze oggettive, sono gli elementi sulla base dei quali ricostruire, secondo la logica della prova indiziaria, l'atteggiamento psichico sotteso al fatto commesso. Il che rende ancora più evidente l'indissolubilità tra elementi oggettivi ed elemento psicologico: sono i primi a portare impresso il marchio del dolo o della colpa, alla prova dei quali si perviene mediante la mediazione di massime di esperienza esplicative del rapporto tra profilo esteriore ed aspetto psicologico della condotta.

Questa esigenza di concepire la fattispecie come la fotografia di uno spaccato della realtà trova fondamento anche in altre ragioni pratiche legate alla funzione della pena. Non è infatti possibile realizzare alcun effetto di intimidazione, né aggregare consensi intorno ai valori posti alla base del sistema penale, così come non si può pretendere si realizzino le condizioni perché il reo avverta l'infrazione della pena come un'occasione di recupero sociale se l'illecito commesso non è agevolmente riconoscibile in tutte le sue componenti. In tale prospettiva la rilevanza politico-criminale della categoria della tipicità non è circoscritta alla sola definizione di precisi limiti alla potestà pubblica, ma si arricchisce del riferimento teleologico rappresentato dalla necessaria funzionalità all'attuazione delle finalità della pena²⁰³. Se l'intero sistema penale ha, come osservato innanzi, quale obiettivo ultimo il recupero del delinquente al vivere in società, tutte le componenti del sistema stesso, quali presupposti per l'applicazione di una pena tendente alla rieducazione, debbono essere strutturati in maniera coerente con tale vocazione funzionalistica. Con riferimento alla finalità rieducativa, allora, la capacità della fattispecie di scolpire e descrivere un accadimento umano con tutte le sue peculiarità ed i suoi significati di disvalore, connessi non solo alla produzione di un evento dannoso o pericoloso, ma anche al fatto che tale conseguenza era dominabile da soggetto, è presupposto necessario perché sia facilmente riconoscibile il fatto cui è collegata la reazione e chiaramente comprensibile la logica secondo cui opera l'ordinamento, rendendo così accettabile l'intervento sanzionatorio. Sicché il reo potrà dirsi posto nella condizione di capire le ragioni della pena e ripensare, ove lo voglia, il suo modo di rapportarsi al vivere in società.

Tale prospettiva consente allora un diverso inquadramento del dolo e della colpa, ritenute componenti indefettibili di una responsabilità autenticamente personale. Sebbene l'affermazione da parte della Corte Costituzionale (con le ben note sentenze n° 364/1988 e 1085/1988) della necessaria presenza di un coefficiente di imputazione soggettiva in relazione agli elementi del fatto che concorrono ad esprimerne il disvalore sia stata intesa quale riaffermazione del principio di

²⁰³ V. MOCCIA, *Il diritto penale*, cit., pp. 121 ss.

colpevolezza²⁰⁴, in realtà, per quanto detto innanzi, è anzitutto l'esigenza di tipizzazione del fatto secondo una logica comprensibile perché vicine al modo concreto di manifestarsi degli accadimenti umani ad imporla. Il coefficiente soggettivo, infatti, descrive quella signoria sull'accadimento necessaria perché in relazione ad esso possa ritenersi il soggetto bisognoso di rieducazione. Esso svolge, in altri termini, una funzione selettiva tra i vari fatti che coinvolgono l'uomo come fattore causale, circoscrivendo la rilevanza penale a quelli in cui il soggetto ha avuto o avrebbe potuto avere un dominio causale dell'accaduto: l'intensità di questa relazione tra soggetto e fatto giustifica l'irrogazione della sanzione penale. Del resto questa lettura della connotazione della categoria della tipicità, in un contesto argomentativo attento alle implicazioni teleologiche della funzione della pena, è fatta propria dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n° 364/1988, malamente intesa, in parte qua, come pronuncia riaffermativa del principio di colpevolezza. Infatti, ad avviso del Giudice delle leggi, "il fatto (punibile, "proprio" dell'agente) va, dunque, nella materia che si sta trattando, costituzionalmente inteso in una larga, anche suriettivamente caratterizzata accezione e non quella, riduttiva, d'insieme di elementi oggettivi. La "tipicità" (oggettiva e soggettiva) del fatto [...] costituisce, così, il primo necessario, "presupposto" della punibilità ed è distinta dalla valutazione e rimproverabilità del fatto stesso"²⁰⁵.

Ulteriori conferme di questa sistematica della struttura del reato emergono dall'analisi delle disposizioni codicistiche.

Viene anzitutto in rilievo la formulazione dell'art. 43 c.p. Incentrare la definizione del dolo e della colpa non genericamente sulla previsione e volontà -

²⁰⁴ Si vedano PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, pp. 686 e ss.; PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, pp. 920 e ss.; STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, pp. 1313 e ss.; GUARDATA, *L'ignoranza della legge penale dopo l'intervento della Corte Costituzionale: prime impressioni*, in *Cass. Pen.* 1988, pp. 1152 e ss.; FLORA, *La difficile interpretazione del principio di colpevolezza, riflessioni per l'anniversario della sentenza della Corte Costituzionale sull'art. 5 c.p.*, in *Giur. It.* 1989, VI, pp. 337 e ss.; MANTOVANI, *ignorantia legis, scusabile ed inescusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, pp. 379 e ss.; MUCCIARELLI, *Errore e dubbio, dopo la sentenza della Corte Costituzionale 364/1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1996, pp. 223 e ss.

²⁰⁵ In tal senso v. MOCCIA, op. ult. cit., pp. 141 ss.

effettiva o potenziale- degli elementi del fatto, bensì sul rapporto tra azione od omissione od evento è già un dato significativo del fatto che il legislatore, nell'esprimere le condizioni di riferibilità dell'illecito al soggetto, ha tenuto presente l'intima compenetrazione tra causalità e volontà, nella quale si sostanzia la signoria sull'accadimento da parte dell'autore del reato²⁰⁶.

Va poi sottolineata la collocazione sistematica delle disposizioni che definiscono i coefficienti di imputazione soggettiva, subito dopo l'art. 40 c.p. e subito prima degli artt. 45 - 46 e 47 c.p.²⁰⁷, nell'ambito delle norme dedicate alla struttura del reato, laddove, se essi fossero stati effettivamente considerati un problema di colpevolezza, avrebbero dovuto presupporre l'imputabilità e le relative norme collocate sistematicamente dopo quelle disciplinanti il rapporto tra soggetto e pretesa dell'ordinamento di osservanza dei precetti giuridici²⁰⁸.

Ancora, l'art. 202 c.p. prevede come presupposto per l'applicazione delle misure di sicurezza, oltre alla pericolosità del soggetto, la commissione di un fatto costituente reato, salve le ipotesi eccezionali di applicabilità a seguito di un "quasi reato". Se il dolo fosse una componente della colpevolezza, il termine reato quale presupposto per l'applicazione di misura di sicurezza assumerebbe un significato differente a seconda che il soggetto sia o meno imputabile, non potendo per definizione porsi un problema di colpevolezza in difetto di imputabilità. Ciò, da un lato, finirebbe col rendere irrilevante nei confronti del non imputabile l'errore sul fatto ed, in genere, l'assenza di dolo, in maniera del tutto irragionevole, atteso che anche un soggetto imputabile, tuttavia non responsabile per il fatto per carenza di dolo, può essere socialmente pericoloso (gli effetti di tale discrasia sarebbero

²⁰⁶ La componente "normativa" del legame soggettivo tra autore del reato ed evento, comune a dolo e colpa in quanto espressiva della signoria attuale o potenziale dell'agente sul decorso degli accadimenti, sicché non può parlarsi riduttivamente di volizione dell'atto, ovvero della causa, e non anche del risultato, è posto in luce da GALLO, *La teoria dell'azione "finalistica"*, cit., pp. 225 e ss.; ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, in *Riv. pen.* 1932. In senso contrario, conforme all'impostazione naturalistica, DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 144. Il tema sarà approfondito *infra*, capitolo III.

²⁰⁷ Con riferimento all'art. 47 c.p. si aggiunga, quale ulteriore argomento a sostegno della riferibilità del dolo alla tipicità del fatto e non (o non solo) alla colpevolezza, che l'errore in esso preso in considerazione non è assimilabile ad una scusante. In tal senso si veda DONINI, op. ult. cit., pp. 278-279.

²⁰⁸ Cfr. SANTAMARIA, *Interpretazione e dommatica*, cit., pp. 5 e ss.

particolarmente evidenti in caso di concorso di persone nel reato)²⁰⁹. Dall'altro, fonderebbe l'applicazione delle misure di sicurezza nei confronti dei non imputabili sul mero coefficiente di imputazione oggettiva, in palese contrasto con le norme di disciplina dell'istituto, che fanno inequivoco riferimento al fatto del non imputabile come connotato da un coefficiente di imputazione soggettiva (cfr. artt. 219-222-224 c.p.)²¹⁰.

Il dolo, oltre a non avere, per quanto testé detto, efficacia giuridica esclusiva rispetto all'applicazione della pena, come sarebbe se fosse una componente della colpevolezza, attesa la sua rilevanza anche ai fini dell'applicazione di misure di sicurezza, non ha efficacia esclusiva neppure rispetto alla quantificazione della pena, come sarebbe da attendersi se il reato dovesse essere concepito alla stregua di una manifestazione di volontà malvagia o di pericolosità individuale. Invero, come ben noto, l'intensità del legame soggettivo è uno degli elementi, ma non il solo, da cui desumere la gravità del fatto, evidentemente preso in considerazione nelle sue componenti oggettive e soggettive, concorrenti nell'esprimerne il disvalore complessivo²¹¹.

Il coefficiente soggettivo ha un ruolo determinante anche per apprezzare la tipicità degli atti nel tentativo, a fronte di azioni esteriormente ambigue, rispetto alle quali è possibile comprendere cosa è accaduto e quale sia la sostanza della condotta solo alla luce del contenuto della volontà²¹². Nella stessa prospettiva, si sottolinea l'irrinunciabilità della ricostruzione del piano criminoso dell'agente ai fini della verifica dell'univocità degli atti del tentativo, intesa, ad una stregua oggettiva, quale

²⁰⁹ Cfr. SANTAMARIA, op. ult. cit., pp. 11-33 e ss., nonché MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., pp. 165-166.

²¹⁰ Cfr. MOCCIA, *Il diritto penale*, cit., p. 143.

²¹¹ Per spunti in tal senso si veda SANTAMARIA, op. ult. cit., p. 15.

²¹² SANTAMARIA, op. ult. cit., p. 42, nonché MOCCIA, op. ult. cit., p. 126, ove è possibile leggere la condivisibile considerazione secondo cui "il fatto di un soggetto che spari ad un altro, senza colpirlo, in mancanza del supporto dell'elemento psicologico, può dar vita a ben diverse soluzioni interpretative: dai tentativi di omicidio o di lesioni personali, ad un'imperdonabile leggerezza o, addirittura, ad uno scherzo di pessimo gusto. Ma che cosa si sia effettivamente verificato, è possibile giudicarlo soltanto conoscendo l'intenzione di chi agisce". Più ampiamente si veda anche PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Napoli 1955.

prossimità logico-giuridica di realizzazione del reato consumato²¹³. Sicché non si vede per quale ragione, se nel tentativo il dolo appartiene al *Tatbestand*, la stessa conclusione non debba affermarsi anche per il reato consumato²¹⁴.

Ancora, il reato omissivo, che sul piano della realtà fisica sarebbe incomprensibile, diviene rilevante in quanto mancato compimento da parte della persona concreta di un'azione espressiva del suo dominio sull'accadimento e proprio per tale ragione pretesa dall'ordinamento. In questa prospettiva è il contenuto del volere a configurare l'omissione, che si sostanzia nell'inibizione di quei movimenti corporei che il soggetto avrebbe potuto e dovuto compiere per evitare lesioni al bene giuridico²¹⁵.

²¹³ In tal senso cfr. MANTOVANI, *Diritto Penale*, P.G., Padova 2001, pp. 461 e ss.

²¹⁴ Considerazioni analoghe circa la decisività del profilo soggettivo della fattispecie per l'apprezzamento della tipicità della condotta possono essere svolte anche con riguardo al concorso di persone nel reato, ove la consapevolezza dell'altrui cooperazione è necessaria per ricostruire l'unicità della fattispecie plurisoggettiva eventuale, soprattutto nei casi di esecuzione frazionata del reato. Cfr. SANTAMARIA, op. ult. cit., pp. 43 e ss., nonché, più diffusamente, dello stesso autore, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, cit., pp. 193 e ss. Sul tema si veda anche SEMINARA, *Contro una configurabilità "causale" del tentativo*, in *Leg. pen.* 2002, pp. 915 e ss.

²¹⁵ Ancora SANTAMARIA, *Interpretazione e dommatica*, cit., p. 42 e *Prospettive*, cit., pp. 213 e ss. Indicazioni normative nel senso della rilevanza del coefficiente di imputazione soggettiva per la definizione del fatto tipico emergono anche da numerose fattispecie previste nella parte speciale del codice. Limitando l'analisi a quelle in cui tale implicazione risulta maggiormente evidente, si pensi anzitutto ai delitti di vilipendio, i quali non si configurano in mancanza di un contenuto di spregio impresso dall'atteggiamento interiore: occorre una consapevole presa di posizione rispetto al soggetto passivo o all'oggetto del reato. Si pensi, poi, al rapporto tra danneggiamento ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni: è possibile cogliere la differenza e, dunque, individuare i confini tra le due fattispecie -risolvendo, all'evidenza, un problema di tipicità soltanto alla luce della finalità perseguita dal soggetto. Un discorso analogo può essere fatto con riferimento al rapporto tra esercizio arbitrario delle proprie ragioni ed estorsione. Cfr. su tali aspetti SANTAMARIA, *Interpretazione e dommatica*, cit., pp. 17 e ss. Ma il coefficiente soggettivo si rivela elemento necessario della struttura della fattispecie anche nei reati a dolo specifico. Pensando, fra le tante ipotesi criminose, all'associazione per delinquere, la natura illecita di un fenomeno -quale quello associativo- altrimenti costituente esercizio di una libertà fondamentale è legata proprio alla finalità perseguita. Peraltro è orientamento ormai pacifico il ritenere che la finalità criminosa, lungi dal risolversi nella prova di una mera affermazione di intenti, debba riflettersi nella fattispecie oggettiva del reato, richiedendosi, all'uopo, un organismo associativo sufficientemente strutturato -con organizzazione di mezzi e divisione di ruoli- e stabilmente operativo da risultare idoneo ad attuare il *pactum sceleris*, creando così un pericolo per l'ordine pubblico con la sua sola esistenza. Sono in realtà molto numerose le fattispecie nelle quali il momento soggettivo è centrale per l'individuazione dell'illecito, perché senza il contenuto del volere ne risulterebbe alterata la fisionomia. E così, nei delitti caratterizzati da una tendenza interiore -come la truffa- la stretta compenetrazione tra condotta e momento soggettivo è necessaria per individuare gli artifici ed i raggiri. Nel falso giuramento la condotta non può essere realizzata senza l'adesione della volontà alle parole che si pronunciano. Lo scopo è essenziale nel furto. L'impossessamento deve avvenire con la consapevolezza dell'altruità della cosa e per una volontà ben precisa: è tale atteggiamento del volere che dà carattere peculiare alla sottrazione, atteso che, guardando al solo profilo oggettivo, essa ben potrebbe essere frutto di una distrazione, risultando, come tale, irrilevante. Si veda, su tali aspetti ed ulteriori esempi, SANTAMARIA, *Prospettive*, cit., pp. 46 e ss., ove vengono ampiamente

Anche la questione della doppia rilevanza del coefficiente di imputazione soggettiva, prima come elemento che concorre a definire la tipicità, quindi come forma di colpevolezza²¹⁶ diviene un falso problema. In effetti, affermare che dolo e colpa sono essenziali affinché la descrizione del fatto tipico avvenga nella forma richiesta dallo Stato di diritto, non esclude che essi, quali componenti del fatto di reato, vengano in rilievo ai fini di altra valutazione, segnatamente il giudizio di rimproverabilità della condotta²¹⁷.

In realtà non si tratta tanto di doppia rilevanza, quanto di una valutazione da un diverso sguardo prospettico sul fatto nel suo complesso, sotto il profilo del rapporto tra il soggetto cui esso è imputabile sul piano oggettivo e soggettivo e pretesa dell'ordinamento al rispetto delle norme, alla luce dei limiti a tale pretesa derivanti

citati M.E.MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915 e MEZGER, *Die subjectiven Unrechtselemente*, 1923.

Sulla funzione tipizzante svolta dal dolo nelle fattispecie soggettivamente pregnanti e nei fatti sanzionati in presenza di dolo specifico si veda anche DONINI, op. ult. cit., pp. 76 e ss.

²¹⁶ Su cui insistono MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., pp. 154 ss. e DONINI, *Teoria del reato*, cit., pp. 275 e ss.

²¹⁷ Va in verità sottolineato che l'idea dell'irrinunciabilità del principio di colpevolezza e della rimproverabilità della condotta -sebbene depurata da connotazioni etico/morali- quali limiti garantistici all'intervento punitivo statale orientato da esigenze di prevenzione generale e speciale, nonché quali valutazioni necessarie nella stessa prospettiva della funzione preventiva della sanzione penale è stata sottoposta a critica, atteso che le esigenze cui essi dovrebbe far fronte ben possono essere soddisfatte facendo riferimento ad altri principi normativamente previsti, senza il richiamo a concetti storicamente compromessi per il loro legame con la concezione retributiva della pena, circa l'incompatibilità dei cui presupposti con i principi dello Stato di diritto si è già detto *supra*.

Si osserva, infatti, che l'esigenza di garantire la proporzione della pena inflitta con il fatto commesso trova il suo fondamento nel principio di ragionevolezza, criterio fondamentale dell'ordinamento giuridico dotato di un preciso riferimento normativo nell'art. 3 Cost., da leggere in stretta connessione con la finalità rieducativa della pena, giammai perseguibile in presenza di reazioni sanzionatorie non avvertibili come "giuste" perché sproporzionate rispetto alla gravità del reato commesso. D'altra parte, il fondamento dell'intervento punitivo statale, lungi dal necessitare un richiamo alla rimproverabilità della condotta, risiede nell'art. 54 Cost., che sancisce il dovere di rispettare le leggi della Repubblica: in presenza di consistenti turbative alla pacifica convivenza, infatti, lo Stato è senz'altro legittimato ad intervenire con l'applicazione di sanzioni penali, senza omettere di considerare la capacità del soggetto di recepire il dettato normativo e di orientare la sua condotta a quanto preteso dall'ordinamento. In tale prospettiva la categoria nella quale valutare il rapporto tra soggetto e norma ai fini dell'applicazione della sanzione penale, lungi dal richiamare il concetto di rimproverabilità, evocante incerte ascendenze meta-giuridiche, sarebbe composta da una serie di elementi eterogenei enucleati sulla base del riferimento assiologico costituito dalla funzione rieducativa della pena. Chi viola la legge penale sarebbe così chiamato a rispondere delle conseguenze del suo operato, nella misura in cui non sussistano situazioni personali o fattuali a fronte delle quali l'irrogazione della sanzione penale non potrebbe essere avvertita come offerta di recupero del soggetto al vivere civile, bensì come strumento di deterrenza o di neutralizzazione della pericolosità individuale. In tal senso si vedano le lucide considerazioni di MOCCIA, *Il diritto penale*, cit., pp. 88 e ss.

dalle funzioni della pena²¹⁸. La personalità della responsabilità penale e la conseguente concezione dell'illecito quale espressione di personalità individuale opera, allora, a quattro livelli, di cui l'uno è il presupposto logico dell'altro. Anzitutto occorre l'esistenza di un comportamento del soggetto valutabile come condotta rilevante ai fini del diritto penale, alla luce delle ormai pacifiche acquisizioni del dibattito sulla teoria dell'azione, con la presenza dei requisiti minimi di imputazione scolpiti dall'art. 42 c.p. Quindi si procede alla valutazione della riferibilità del fatto al soggetto, sul piano del *Tatbestand* oggettivo e di quello soggettivo. Né si pone un problema di deriva soggettivistica della responsabilità penale, occorrendo pur sempre ribadire la precedenza logica del *Tatbestand* oggettivo nella ricostruzione del fatto di reato²¹⁹. Per passare infine all'ultima valutazione, che ha ad oggetto il fatto imputabile al suo autore in relazione alla possibilità per lo stesso di comportarsi secondo quanto prescritto dalle norme²²⁰. Ciò si sostanzia nell'accertamento di quelle situazioni, normativamente previste, che operano quale limite alla pretesa punitiva dello Stato, in quanto la loro sussistenza nel caso concreto fa venire meno le condizioni necessarie affinché l'infrazione della pena possa tendere alla realizzazione delle sue finalità²²¹.

Per intuizioni rapportabili alla prospettiva del superamento del concetto di colpevolezza, con l'elaborazione della categoria della responsabilità, meno compromessa da valutazioni politico-criminali di stampo retributivo o preventivo di tipo negativo si veda MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova 1989, p. 63 (in relazione a FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 1912) ove, pur nell'ambito di un'impostazione incline a considerare dolo e colpa quali momenti della colpevolezza, si precisa che rispetto all'accertamento dell'an e del quantum di questa la sussistenza dei suddetti coefficienti ne costituisce soltanto un presupposto e, come tale, non è mai da sola sufficiente. Il parametro alla luce del quale accertare la colpevolezza, infatti, viene rinvenuto non tanto nell'atteggiamento psicologico del soggetto, bensì nella normalità del processo motivazionale, verificata alla stregua del criterio normativo dell'esigibilità.

Uno spunto lo si rinviene anche in GALLO, *La teoria dell'azione "finalistica"*, p. 280, ove si precisa che, al di là della violazione dell'obbligo, perché un soggetto risponda penalmente occorre stabilire se detta violazione sia avvenuta ad opera di una persona in grado di comportarsi secondo la misura richiesta dalla norma, sebbene lo si affermi in una prospettiva fondata sull'idea del "rimprovero" per la colpevolezza.

²¹⁸ Cfr. ROXIN, *Politica criminale*, cit., pp. 78 e 79.

²¹⁹ G.V. DE FRANCESCO, *Il "modello analitico"*, cit. p. 217, in riferimento all'impostazione di STRATENWERTH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, I, *Die Straftat*, 1979. Si vedano anche MOCCIA, *Il diritto penale*, cit., pp. 137-138 e DONINI, op. ult. cit., p. 102.

²²⁰ Cfr. G.V. DE FRANCESCO, op. ult. cit., pp. 231-232.

²²¹ Cfr. ROXIN, op. ult. cit., pp. 51 e 69 ss., nonché MOCCIA, op. ult. cit., pp. 26 ss.

Alla luce di quanto fin qui osservato, appare evidente che il coefficiente di imputazione soggettiva è elemento strutturale della condotta illecita necessario per una definizione della stessa secondo criteri di tassatività, determinatezza e precisione conformi alle esigenze garantistiche e funzionalistiche proprie dello Stato sociale di diritto. Logico corollario di tale approdo: l'ermeneutica delle norme che sculpiscono il dolo e la ricostruzione del relativo concetto devono essere affrontate nell'ottica propria dei problemi di tipicità, senza le compromissioni di tipo etico-retributivo o di natura preventiva caratteristiche dei problemi di colpevolezza²²². Solo così sarà possibile verificare l'ampiezza della nozione di dolo e la compatibilità con la stessa del dolo eventuale, nelle varie accezioni in cui esso viene inteso da dottrina e giurisprudenza.

²²² Il rischio che considerazioni attinenti alla funzione della pena incidano nella ricostruzione del dolo e nella definizione dei suoi confini con la colpa è sottolineata da DONINI, op. ult. cit., pp. 79-80, ove si evidenzia che, in presenza di comportamenti ambigui, il giudice tenda ad improvvisarsi psicologo alla ricerca della disposizione interna malvagia, oppure a ragionare secondo parametri di responsabilità sociale o di autore, allontanandosi dal paradigma dell'agire doloso quale organizzazione e dominio del processo causale da parte dell'agente. Si veda più diffusamente *infra*, capitolo III.

Il dolo come requisito di imputazione dell'evento nella formula dell'art. 43 c.p.

SOMMARIO: 1. Separazione tra oggettivo e soggettivo nella fattispecie penale, teoria delle norme e conseguenze ai fini della definizione della struttura del dolo. – 2. L'oggetto del dolo. – 3. Il dolo tra intenzione, rappresentazione e volontà. – 4. Le specie di dolo: dolo intenzionale e dolo diretto. – 4.1 Il dolo eventuale. – 4.2 Le teorie sul dolo eventuale. – 5. La trasfigurazione dell'imputazione dell'evento nel rapporto tra il reo ed il precetto. – 6. L'interazione tra profilo oggettivo e profilo soggettivo ai fini della descrizione del fatto tipico. Il dolo come requisito di imputazione dell'evento nella formula dell'art. 43 c.p.

1. Separazione tra oggettivo e soggettivo nella fattispecie penale, teoria delle norme e conseguenze ai fini della definizione della struttura del dolo

La poderosa influenza della concezione naturalistica del concetto di azione oltretutto determinare la separazione tra profilo oggettivo e profilo soggettivo del reato si è propagata anche alla definizione della struttura della norma penale. Quest'ultima è stata infatti modellata in maniera tale da rispecchiare la tradizionale bipartizione oggettivo/soggettivo; tra tipicità ed antigiuridicità (aspetti caratterizzati da valutazioni generalizzanti) da un lato e colpevolezza dall'altro (quest'ultima caratterizzata da maggiore individualizzazione del momento prescrittivo)²²³.

Come si vedrà questa influenza si è a sua volta propagata nella definizione della struttura e dell'oggetto del dolo, creando i presupposti per un ampliamento del concetto di volontà a tal punto da ricomprendervi anche le ipotesi tradizionalmente ascritte alla nozione di dolo eventuale. Il tutto in termini di perfetta coerenza logica con un retroterra di aspirazioni politico-criminali incentrate su concezioni della pena in funzione etico-retributiva, generalpreventiva di tipo negativo o specialpreventiva tesa alla neutralizzazione della pericolosità individuale.

²²³ V. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., pp. 164 e ss.

Come si è già avuto modo di sottolineare²²⁴, la separazione tra profilo oggettivo e profilo soggettivo della fattispecie e la collocazione del secondo nella categoria della colpevolezza significa escludere che esso contribuisca alla descrizione del fatto tipico e, quindi, alla definizione dell'ambito del penalmente rilevante. Piuttosto, il dolo -e la colpa- rappresenta, sul piano politico criminale, la ragione per cui si punisce: la sanzione trova il suo fondamento nella manifestazione antidoversa, di cui il momento soggettivo dell'illecito è espressione. Rispetto a quest'ultimo la componente oggettiva del reato è chiamata a svolgere la funzione di garanzia propria della categoria della tipicità. Il *Tatbestand*, costruito in termini puramente oggettivi ed ispirandosi alla logica causale che dominerebbe la realtà, rappresenta il baluardo contro incriminazioni basate sul solo atteggiamento interiore del reo. La punibilità viene circoscritta alle ipotesi in cui l'atteggiamento contrario al dovere ha trovato espressione in comportamenti esteriori dotati di certe caratteristiche.

Sul piano dell'illecito ciò si traduce nel considerare quale fulcro della teoria del reato non tanto la tutela di beni ed interessi, quanto il rispetto delle norme che definiscono divieti o comandi d'azione. La conformità o meno della condotta individuale al diritto è espressa in via esclusiva dal contrasto con le norme²²⁵. Queste ultime, nell'individuare fatti costituenti reato, pongono imperativi comportamentali, la cui violazione altera la conformità della vita di relazione al diritto²²⁶.

Il vero obiettivo delle norme è costituito dalla previsione di una sanzione che colpisca la disobbedienza²²⁷. Il diritto positivo, con la definizione dei fatti tipici,

²²⁴ V. *supra*, capitolo II.

²²⁵ Si veda CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti*, cit., p. 37, in relazione al pensiero di BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung*, Bd. I, *Normen und Strafgesetze*, Leipzig 1922.

²²⁶ V. CAVALIERE, op. ult. cit., p. 132.

Ad avviso di ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, cit., pp. 470-471, ciò che imprime all'azione il carattere di reato è esclusivamente il rapporto di contraddizione in cui essa si trova con un comando o divieto penalmente sanzionato, cioè con un precetto penale, non potendosi concepire sanzione senza precetto e precetto senza sanzione.

²²⁷ Lo Stato, per quanto si tratti di un'azione insignificante sul piano materiale, subirebbe uno smacco se lasciasse impunita la disobbedienza: esso non può fare a meno di retribuire. In questi termini BELING, *Die*

opera un funzione di limitazione dell'ambito del punibile, assicurando così la realizzazione della certezza del diritto²²⁸.

Il dualismo oggettivo/soggettivo che connota la struttura del reato si riproduce nella divisione della norma incriminatrice in due parti, dando luogo al dualismo tra norma di valutazione e norma di determinazione. La prima -rivolta al giudice- definisce i profili materiali-esterni del fatto, esprimendo una valutazione di carattere generale sull'antigiuridicità della condotta e dell'evento. La seconda costituisce il vero e proprio precetto, che si rivolge al soggetto individuando condotte sgradite all'ordinamento e prescrivendo modelli comportamentali. Mentre il contenuto della prima norma è rigorosamente oggettivo, la norma di determinazione è quella in relazione alla quale si definisce l'elemento soggettivo del reato, contenendo essa prescrizioni la cui violazione è il fondamento della punibilità ed esprimendosi rispetto ad essa la colpevolezza del soggetto. Quest'ultima si identifica nella contrarietà al dovere, nel moto di ribellione rispetto alle pretese comportamentali individuate dalle norme²²⁹.

È molto evidente il legame tra la cosiddetta teoria delle norme e l'opzione in favore della finalità etico-retributiva della pena, nell'ambito di una concezione imperativistica del reato²³⁰. L'intento del legislatore penale, in tale prospettiva, viene identificato nell'indirizzamento o nell'orientamento della volontà del soggetto in termini contenutisticamente leciti²³¹. L'infrazione della pena è chiamata a porre riparo alla disobbedienza manifestatasi nella condotta difforme dalle pretese

Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für da Strafrecht, Leipzig 1908, riportato da CAVALIERE, op. ult. cit., p. 109.

²²⁸ Si veda ancora CAVALIERE, op. ult. cit. pp. 109-110.

²²⁹ V. in argomento CAVALIERE, op. ult. cit., p. 96, con riferimento a DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal in Tatbestände strafbarer Handlungen*; DONINI, *Teoria del reato*, cit., pp. 163 e ss.; DELITALA, *Il fatto*, cit., pp. 13 e ss.; ID., *Contributo alla nozione del reato*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano 1976, p. 163 e ss.; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Milano 1947, p. 280; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, I, Torino 1926, p. 416 e ss.; PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, Padova 1947 e GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano 1951.

²³⁰ CAVALIERE, op. ult. cit., p. 41.

²³¹ V. MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova 1989, p. 127, in relazione a JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin 1978, p. 192.

dell'ordinamento²³². Il valore tutelato è la conformità alla norma, a prescindere da qualsivoglia riferimento a profili di offesa in danno di beni giuridici: esso rende l'illecito già di per sé meritevole di sanzione²³³.

Le conseguenze che tale separazione tra norma di valutazione e norma di determinazione e la considerazione di quest'ultima come precetto indirizzato ad un destinatario al fine di orientarne la condotta hanno sulla definizione della struttura e dell'oggetto del dolo sono facilmente intuibili. La volontà che rileva ai fini della configurabilità della colpevolezza intesa quale ribellione ad una regola di condotta è quella che ha per oggetto il comportamento vietato, rispetto al quale le conseguenze dell'azione svolgono soltanto una funzione condizionante la punibilità. Posto che la disobbedienza è sufficientemente espressa da un'azione o da un'omissione non tollerate dalle norme e si sostanzia nel tenere un comportamento vietato, la volontà rilevante è quella della condotta e non anche quella di causazione dell'evento. Il legislatore, nel rivolgersi ai consociati indicando modelli comportamentali, ha come punto di riferimento l'azione o l'omissione, dato che in esse si esprime la contrarietà della condotta umana all'imperativo²³⁴.

Il dolo si sostanzia, allora, nella consapevole violazione del dovere; anche le norme incentrate sulla non causazione di un evento sono in realtà riconducibili al divieto di un'azione, sebbene condizionata dal verificarsi dell'evento ai fini dell'applicazione della sanzione²³⁵. L'evento fuoriesce dal fuoco della volontà,

²³² V. CAVALIERE, op. ult. cit., p. 41, sempre con riferimento a BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung*, cit., p. 172.

²³³ MORSELLI, op. ult. cit., pp. 127-128, ove si osserva che, partendo dalla concezione imperativistica del diritto, si è sostenuto essere intento del legislatore penale quello di indirizzare od orientare il volere umano in modo contenutisticamente lecito in vista della tutela dei valori fondamentali della comunità, con la conseguenza che la stessa volontà di agire del reo, in quanto investita dall'imperativo, è da considerare parte integrante dell'illecito di condotta. In tal modo il fulcro dell'illecito non è più rappresentato dal risultato del disorientamento della volontà, ma, piuttosto, dalla volontà del disorientamento, ossia dalla volontà disorientata.

²³⁴ Su tali aspetti si veda CAVALIERE, op. ult. cit., pp. 54 e ss.

²³⁵ V. CAVALIERE, op. ult. cit., pp. 125-126, in relazione a BELING, *Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege*, Tübingen 1913, p. 37, ove si osserva che, se in rapporto ad ogni azione la risposta dell'ordinamento alla domanda se essa possa o meno realizzarsi deve essere pronta, già riguardo al momento in cui l'azione è posta in essere le norme-imperativo devono essere formulate in modo tale che sia superata ogni incertezza. Per questa ragione le cosiddette norme riferite alla consumazione, che

perché il nesso psichico con la conseguenza della condotta è del tutto irrilevante per esprimere l'essenza del dolo, che costituisce volontà antidoversa avente ad oggetto un atto contrario all'imperativo comportamentale delineato dalla norma di determinazione²³⁶. La struttura e l'oggetto del dolo sono modellati coerentemente con la funzione politico-criminale dell'elemento soggettivo, chiamato ad esprimere il rapporto tra il reo e la pretesa dell'ordinamento (funzione propria della colpevolezza), piuttosto che descrivere la signoria dell'uomo sul verificarsi di un evento, secondo la logica propria del principio di tipicità del fatto.

L'influenza della separazione tra profilo oggettivo e profilo soggettivo dell'illecito e la sua ricaduta in termini di teoria delle norme a ben vedere non viene meno neppure con l'abbandono della concezione imperativistica del reato e lo spostamento del fulcro dell'antigiuridicità penale dalla mera disobbedienza alla lesione di interessi.

Partendo da un'idea diversa delle funzione della pena, non più chiamata a retribuire la colpevolezza individuale legata alla disobbedienza, bensì ad assicurare una più efficace tutela di beni ed interessi, si giunge a sostenere che l'osservanza dei modelli comportamentali previsti dalle norme trova la sua ragion d'essere nel disvalore sociale delle condotte che da essi si discostano²³⁷. L'antigiuridicità dell'illecito non si radica nel dato formalistico del contrasto della condotta con la prescrizione normativa, ma assume una connotazione materiale legata alla contrarietà del comportamento ai valori su cui poggia il vivere in società. il reato

ordinano la non causazione di un evento, sono solo un'espressione imperfetta del giusto; esse, a rigore, sono riconducibili ad un divieto di un'azione, condizionato dall'evento. Le norme, dunque, sono imperativi riferiti al tentativo.

²³⁶ Il dolo richiede così la consapevolezza dell'antigiuridicità, della ribellione al comando, che assorbe in sé la volontà del fatto. Non è invece necessaria la consapevolezza della dannosità sociale, né dell'illiceità penale. Il concetto è neutro rispetto ai valori, dato che in realtà il valore tutelato è la conformità della vita al diritto, rispetto al quale qualsiasi cosciente ribellione al comando è sufficiente a strutturare una disobbedienza da retribuire. Si vedano SANTAMARIA, *Interpretazione e dommatica*, cit., pp. 7-9; ROSSI, *Trattato di diritto penale*, trad. it. di E. Pessina, Napoli 1853, p. 135; PESSINA, *Elementi di diritto penale*, I, Napoli 1882, pp. 143, 169 e ss.; LEVI, *Dolo e coscienza dell'illiceità nel diritto vigente e nel Progetto*, in *Studi economico-giuridici della R. Università di Cagliari*, Cagliari 1928, pp. 21 e ss.

²³⁷ Si veda CAVALIERE, op. ult. cit., p. 65, in relazione a VON LISZT, *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, in *ZStW* 1888, pp. 151-152 e *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin-Leipzig 1888, p. 119.

non è semplice violazione del diritto obiettivo, bensì aggressione a beni giuridici la cui tutela è imposta da norme di civiltà prima ancora che da leggi dello Stato²³⁸. Specularmente, il dolo non esprime tanto il moto di ribellione all'imperativo, ma deriva il suo disvalore da quello della condotta, assumendo rilevanza in quanto volontà tradottasi in un comportamento antisociale da prevenire²³⁹.

Il mutamento di prospettiva dischiuso dal passaggio da una concezione dell'antigiuridicità fondata sul mero contrasto con la norma ad altra basata sul disvalore sociale della condotta, tuttavia, non ha determinato la ricomposizione della scissione tra profilo oggettivo e profilo soggettivo del reato ed il ripensamento della collocazione del secondo nell'ambito delle valutazioni di colpevolezza. Non ha neppure portato al superamento della contrapposizione tra norma di valutazione e norma di comando. La fattispecie viene considerata pur sempre connotata dalla contestuale presenza di due norme distinte, sebbene quella destinata a svolgere una funzione precettiva non si rapporti all'esigenza di tutelare l'ordinamento in sé, ma alla prevenzione di condotte di offesa a beni giuridici.

L'ordinamento, infatti, si rivolge al soggetto vietando o comandando azioni valutate per il loro legame potenziale con una conseguenza. Il precetto comportamentale è individuato pur sempre senza che le componenti oggettive della norma di valutazione vi rientrino, sebbene la prospettiva dell'evento non sia del tutto estranea alla definizione della condotta vietata, enucleata proprio in ragione del suo possibile legame con l'evento.

Ciò non ha fatto venir meno la rilevanza del profilo oggettivo della fattispecie per il suo semplice esserci, a prescindere dal legame con l'atteggiamento psichico del soggetto. Così come non ha fatto venir meno il riferimento di quest'ultimo ad una fattispecie di mera condotta e non alle conseguenze di essa, in linea con la funzione preventiva perseguita. Rispetto a quest'ultima ciò che rileva non è tanto il verificarsi dell'evento, bensì la possibilità di esso, sicché il divieto di realizzare certi effetti è

²³⁸ V. CAVALIERE, op. ult. cit., p. 91, 95 in relazione a MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau 1903, pp. 39 e ss., 130 e ss. e *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg 1915, p. 37.

²³⁹ Sempre CAVALIERE, op. ult. cit., p. 66, con riferimento a VON LISZT, *Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des StGBs in Aussicht zu nehmen*, in *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, r.a. Berlin 1970, p. 387.

anzitutto divieto di tenere comportamenti pericolosi. La prevenzione generale, rivolgendosi ai consociati, ha infatti come oggetto ed obiettivo comportamenti, ancorché essi vengano in considerazione non per la loro antidoverosità, ma per la dannosità rispetto al vivere in società.

È ben evidente che anche in questa prospettiva la struttura e l'oggetto del dolo finiscano con l'essere modellate considerando l'istituto come espressione del rapporto del reo con la pretesa comportamentale dell'ordinamento e non come nesso psichico con l'evento conseguenza della condotta, ancorché ciò avvenga in un'ottica funzionalistica diversa rispetto a quella retributiva, in quanto si punisce non la mera disobbedienza, ma la volontà di una condotta antisociale²⁴⁰.

La premessa imperativistica alla base della perdurante contrapposizione tra norma di valutazione e norma di determinazione non è stata abbandonata neppure con il passaggio ad una concezione oggettivo-soggettiva della tipicità e con l'anticipazione del dolo in quest'ultima categoria, realizzatosi grazie all'influsso della teoria welzeliana sull'azione finalistica²⁴¹.

Sulla base della condivisibile osservazione secondo cui le norme non possono indirizzarsi agli eventi, ma solo alle condotte umane che li producono, avendo la finalità di prevenire eventuali violazioni future²⁴², non si è potuto più concepire un fatto antigiusuridico senza dolo o colpa. L'accadimento espressivo del disvalore sociale è un fatto al tempo stesso oggettivo e soggettivo e la valutazione di antigiusuridicità si rapporta ad una condotta soggettivamente qualificata²⁴³.

²⁴⁰ Per spunti si veda MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano 1988, pp. 225 e ss.

²⁴¹ Su cui v. *supra*, capitolo II; si veda anche MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano 1983, pp. 4 e ss.

²⁴² Si vedano DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 165 e MAZZACUVA, op. ult. cit., p. 91, in relazione a KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, in *Bindings Normentheorie, Normenlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen 1954, pp. 69 e ss.

²⁴³ DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 165.

Proprio l'osservazione di partenza, tuttavia, ha spinto a ribadire la portata imperativistica²⁴⁴ del precetto, quale momento che si indirizza alla condotta del soggetto, in considerazione della funzione generalpreventiva delle norme. Alla categoria della colpevolezza sono stati invece relegati i profili più personalistici del rimprovero penale, con l'accertamento dei limiti di esigibilità del comportamento rispettoso delle pretese ordinarie mentali in relazione alla situazione concreta nella quale il soggetto ha agito²⁴⁵. In tal modo la colpevolezza, oltre a fondare la reazione sanzionatoria dell'ordinamento alla condotta vietata, ha rappresentato anche il limite per la stessa, applicabile soltanto nei limiti in cui dal soggetto poteva pretendersi una condotta osservante nelle circostanze del caso concreto.

La tipicità in questa prospettiva risulta divisa in due. Si distingue infatti un illecito d'azione da un illecito di evento, conviventi nella medesima norma incriminatrice²⁴⁶. Il primo, espressivo del disvalore d'azione definito nella norma-precetto, contiene l'azione, l'intenzione e le modalità della condotta e costituisce il vero concetto generale della teoria del reato, in quanto presente in tutti i reati. Il secondo, espressivo del disvalore d'evento e definito nella norma di valutazione, contiene nesso causale, evento e lesione del bene giuridico ed è estraneo al precetto ed alle componenti soggettive di esso, in quanto non essenziale ai fini della configurabilità dell'inosservanza del divieto e della relativa colpevolezza²⁴⁷.

Di questa divisione dell'illecito in due sono state elaborate versioni differenti.

La prima tende a incentrare il disvalore di azione che caratterizza l'illecito nel disvalore dell'intenzione, con la conseguente svalutazione del ruolo dell'evento. Si sostiene infatti che il disvalore dell'azione va rinvenuto nella natura offensiva

²⁴⁴ Sulle caratteristiche di questo imperativo e sulla sua connotazione di impersonalità, necessaria per distinguere dalla personalizzazione del rimprovero in sede di verifica della colpevolezza, si veda DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano 1991, pp. 21 e ss., 36 e ss., 50 e ss.

²⁴⁵ DONINI, *Teoria del reato*, cit., pp. 162-165. Così la categoria della colpevolezza è chiamata a svolgere quella funzione di garanzia che le viene attribuita, come limite alle istanze generalpreventive o specialpreventive necessario perché la pena non comporti una strumentalizzazione dell'individuo per finalità di politica criminale.

²⁴⁶ V. ancora DONINI, op. ult. cit., p. 163.

²⁴⁷ DONINI, op. ult. cit., p. 166.

dell'obiettivo che l'agente si pone. L'evento, infatti, può verificarsi anche in assenza di un'azione, così come l'azione può casualmente restare senza evento. Ciò, tuttavia, non influirebbe affatto sulla valutazione negativa del comportamento dell'agente, per il suo contrasto volontario con la norma di determinazione che vieta di tendere alla realizzazione di certi obiettivi.

In questa prospettiva soltanto il dolo assume rilievo ai fini della configurabilità dell'illecito e non anche l'evento. La verifica di quest'ultimo non ha alcuna incidenza sul disvalore dell'azione, attesa la funzione di impedire comportamenti umani assegnata al diritto penale. Essa impone di incentrare la verifica della sussistenza di un illecito nella sola prospettiva *ex ante*. Il disvalore d'evento, infatti, non è requisito riconoscibile a priori dall'agente, sicché non aggiunge nulla alla valutazione negativa del comportamento umano contrario alla norma, ma si limita a condizionare e circoscrivere la punibilità sulla base di considerazioni legate al bisogno di pena. Il disvalore del comportamento dipende in via esclusiva dalla volontà dell'agente di disobbedire e non dal giudizio *ex post* sulle conseguenze dell'azione. Dunque, la volontà rilevante è quella che ha ad oggetto la condotta posta in essere nella prospettiva della realizzazione di un certo effetto. L'evento è considerato come il fine cui il soggetto tende ed il dolo, ancora una volta, esprime il rapporto tra l'individuo e la pretesa dell'ordinamento al rispetto delle regole, piuttosto che la signoria del soggetto sul fatto²⁴⁸. Il nesso esistente tra la condotta e

²⁴⁸ Cfr. MAZZACUVA, op. ult. cit., pp. 64 e ss., 91 e ss.

L'impostazione descritta può essere utilizzata sia nell'ambito di un diritto penale della colpevolezza che nell'ambito di un diritto penale della pericolosità finalizzato alla prevenzione speciale. Per il primo l'evento non partecipa al giudizio di colpevolezza, al più fungendo da condizione di punibilità, perché la colpevolezza intesa come giudizio relativo alla motivazione del reo è espressa nel momento della decisione di agire. In tale prospettiva oggetto del giudizio di colpevolezza è una fattispecie carica di quel valore che solo il comportamento può avere. Nell'ambito del secondo modello punitivo, la valutazione della pericolosità dell'autore non è affatto influenzata da circostanze che possono essere del tutto casuali, quale la verifica o meno dell'evento. Il dato di cui occorre tener conto è soltanto la signoria finalistica esercitata dall'autore sulla propria condotta inosservante. L'evento rilevarebbe soltanto come elemento che esprime la necessità e l'opportunità della reazione mediante sanzione penale. In tal senso si veda MAZZACUVA, op. ult. cit., pp. 99-100.

È ben evidente che entrambe le prospettive si prestano alla configurazione del dolo come consapevole orientamento interiore di un soggetto che emerge e si determina con riferimento a taluni valori della comunità sociale, secondo un'impostazione tipica del diritto penale dell'atteggiamento interiore e con l'equiparazione del coefficiente soggettivo alla volontà malvagia. Sull'argomento si veda BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1971, pp. 3 e ss.; ID., *Stato di diritto e Gesinnungsstrafrecht*, in *Ind. pen.* 1973, pp. 434 e ss.; ID., *Colpa d'autore e certezza del diritto*, in *Riv. it.*

l'evento fuoriesce dall'oggetto del dolo e si trasfigura nell'atteggiamento del reo nei riguardi del precetto²⁴⁹.

In altra prospettiva, senz'altro maggiormente orientata ad un concezione generalpreventiva della pena, viene invece valorizzata la pericolosità della condotta tipica quale requisito che connoterebbe la struttura tanto degli illeciti dolosi che di quelli colposi. L'imperativo comportamentale trova il suo fondamento non tanto nel profilo volontaristico interno che anima la condotta, quanto nella capacità dell'azione vietata di produrre risultati lesivi, là dove essa assuma livelli di pericolosità superiori al grado di rischio tollerato secondo le regole sociali di diligenza e prudenza. Il disvalore d'azione del reato doloso non si riduce alla sola dimensione interiore, tutta psichica, ma necessita una pericolosità obiettiva della condotta non minore rispetto a quella richiesta nel reato colposo per la configurabilità della violazione della regola di cautela²⁵⁰.

Sebbene in questa impostazione l'evento non risulti estraneo all'illecito, in quanto è la prospettiva della sua causazione a modellare la condotta ed a conferirle il significato di disvalore, resta il fatto che il concetto di condotta illecita e quello di dolo vengono costruiti sulla base di ciò che è richiesto dalla sola norma di determinazione. Ciò che si richiede è la volontà della condotta, posta in essere nella consapevolezza della sua potenzialità lesiva. L'evento fuoriesce dal fuoco della volontà in quanto quest'ultima abbraccia in via immediata soltanto l'oggetto del divieto, costituito dal comportamento rischioso, cui è correlata un'elevata prevedibilità di verifica di certe conseguenze²⁵¹. Ancora una volta la signoria

dir. proc. pen. 1977, pp. 417 e ss.; ID., *Capacità a delinquere e pena retributiva*, in *Ind. pen.* 1979, pp. 365 e ss.; ID., *Colpevolezza giuridica e colpevolezza morale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1980, pp. 1007 e ss.

²⁴⁹ Così, ad avviso di HASSEMER, *Caratteristiche del dolo*, in *Ind. pen.* 1991, pp. 500-501, individuata l'essenza del dolo nella decisione verso la realizzazione della fattispecie incriminatrice, la rappresentazione deve essere riferita al pericolo situazionale determinato dalla condotta. Detta rappresentazione e la decisione di realizzare il pericolo costituiscono i gradini che conducono sistematicamente all'imputazione soggettiva. In questo modo l'atteggiamento doloso viene fondato interamente sul rapporto tra il reo e la prescrizione comportamentale, là dove posto in essere con la consapevolezza della *ratio* di tale prescrizione. In sostanza il legame con l'evento viene trasfigurato nel modo in cui si è realizzata la contrapposizione tra il soggetto e la norma. V. anche *infra*.

²⁵⁰ V. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., pp. 233, 240 e 242; ID., *Teoria del reato*, cit., pp. 167 e ss.

²⁵¹ MAZZACUVA, op. ult. cit., pp. 30 e ss.

sul fatto, di cui il dolo inteso come volontà dell'evento "conseguenza" della condotta dovrebbe costituire espressione, viene trasfigurata ed inglobata in valutazioni che attengono al rapporto tra il soggetto e la pretesa comportamentale dell'ordinamento²⁵². Il coefficiente soggettivo, lungi dall'operare come criterio di imputazione e, dunque, di descrizione dell'accadimento verificatosi, diviene, in forza di valutazioni general-preventive sulla pericolosità del comportamento²⁵³, criterio di allocazione di rischi non tollerabili e condizione perché la norma possa svolgere la sua funzione precettiva.

L'idea di fondo da cui muovono queste impostazioni è che l'individuazione del fatto illecito -anche se vi concorrono in maniera più o meno intensa profili soggettivi e non esclusivamente aspetti oggettivi- e la definizione della condotta vietata risponderebbero a finalità differenti. Con la prima operazione, infatti, verrebbe valutato il bisogno di pena, per circoscrivere l'ambito del penalmente rilevante. La seconda, invece, atterrebbe al rapporto tra il soggetto e l'imperativo comportamentale e sarebbe chiamata a consentire la realizzazione delle finalità della pena, definendo le condizioni necessarie per poter muovere un rimprovero.

Questa duplicità di funzioni si tradurrebbe in una duplicità di norme, ancorché compresenti nella stessa fattispecie legale. D'altra parte, posto che oggetto di un divieto o di un comando possono essere soltanto azioni od omissioni, nelle norme che definiscono l'imperativo la condotta illecita perde il suo riferimento all'evento per concentrarsi esclusivamente sul comportamento vietato o preteso, in relazione al quale va valutata la possibilità di muovere un rimprovero suscettibile di consentire la realizzazione della finalità della pena.

Una volta considerata la condotta per il suo rapporto con l'imperativo, piuttosto che con l'interesse leso e l'evento che tale lesione concretizza, è consequenziale ritenere che l'oggetto della volontà non è costituito più dall'evento, ma dalla

²⁵² Tant'è che si fa rilevare come nei reati commessi con dolo eventuale il verificarsi dell'evento svolgerebbe la sola funzione di "mettere a nudo" il disvalore del comportamento illecito. V. MAZZACUVA, op. ult. cit., pp. 213-214.

²⁵³ Cfr. CAVALIERE, op. ult. cit., pp. 357 e ss.; MILITELLO, op. ult. cit., pp. 223 e ss.

condotta stessa o dalla situazione di rischio con essa creata. In tal modo il giudizio sul disvalore della condotta viene formulato a prescindere dal rapporto tra il soggetto e l'evento verificatosi, confondendo l'accertamento dell'illecito con la verifica dei presupposti per muovere un rimprovero al soggetto, in chiave retributiva od in funzione preventiva²⁵⁴. Il dolo non viene quindi considerato come elemento che contribuisce a definire i presupposti per l'imputazione al soggetto delle conseguenze della condotta, bensì come modo di rapportarsi dell'agente all'imperativo e, quindi, come modo di essere della colpevolezza individuale.

È chiaro che in tale prospettiva il nesso psichico tra condotta ed evento diviene evanescente e viene trasfigurato nella valutazione del rapporto tra il reo e l'imperativo, rispetto al quale, come si è detto, la presenza dell'evento non assume alcun rilievo, posto che interessa soltanto la condotta tenuta dal soggetto e la sua difformità rispetto alla pretesa ordinamentale. La qual cosa, in buona sostanza, vuol dire considerare il dolo come manifestazione di colpevolezza e, dunque, come condizione del rimprovero mosso al reo. Vuol dire anche configurare la struttura e l'oggetto del dolo nell'ottica della funzionalità alla realizzazione delle finalità della pena, piuttosto che alla descrizione del fatto illecito in termini conformi ad un ordinamento da Stato sociale di diritto²⁵⁵.

Nelle pagine che seguono, mediante l'analisi dell'oggetto e della struttura del dolo così come ricostruiti negli orientamenti dottrinari prevalenti, si vedrà come queste tendenze abbiano una notevole influenza nella definizione delle caratteristiche del coefficiente di imputazione in esame. Ciò si verifica soprattutto rispetto a quelle forme di dolo meno coerenti con la sua natura di requisito di imputazione soggettiva espressivo del dominio causale dell'agente sul verificarsi dell'evento, tra le quali il dolo eventuale.

²⁵⁴ Per spunti si vedano CAVALIERE, op. loc. ult. cit. e MAZZACUVA, op. ult. cit., pp. 105 e ss.

²⁵⁵ Si veda *supra*, capitolo II.

2. *L'oggetto del dolo*

Il punto da cui partire per elaborare la definizione del coefficiente di imputazione soggettiva in esame è costituito dall'articolo 43, co. 1, c.p., secondo il quale “il delitto è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione”. Infatti, al di là di speculazioni sull'essenza dei meccanismi psichici in cui il dolo si sostanzierebbe, molto spesso influenzate da concetti elaborati nell'ambito di discipline extragiuridiche, quel che interessa è stabilire a quali condizioni, alla stregua di un dato ordinamento positivo, il fatto può dirsi imputabile ad un determinato soggetto sotto il profilo soggettivo²⁵⁶.

La definizione codicistica, apparentemente esaustiva, è invece caratterizzata da due aspetti problematici riguardo alla ricostruzione dell'oggetto del dolo. Vi è infatti incertezza circa il significato da attribuire al termine evento, non essendo chiaro se esso debba essere inteso in senso giuridico, quale offesa al bene giuridico concretizzatasi nella lesione o nella messa in pericolo dello stesso, oppure in senso naturalistico, quale modificazione del mondo esteriore prodotta dalla condotta²⁵⁷. Si aggiunga che la formula definitoria non è esaustiva, atteso che, concentrandosi esclusivamente sul rapporto tra la condotta e le conseguenze di essa, non è in linea con le previsioni di altre norme codicistiche, dalle quali è possibile desumere che, in realtà, nel fuoco del dolo possono ricadere anche altri elementi costitutivi dell'illecito²⁵⁸. Così, mentre l'articolo 43 c.p. esprime il nucleo del dolo

²⁵⁶ GALLO, *Il dolo*, cit., pp. 128 e ss.

²⁵⁷ V. GALLO, op. loc. ult. cit., il quale ritiene che il termine evento non debba essere inteso nel senso ordinario di risultato naturale della condotta, bensì nel senso di lesione o di messa in pericolo dell'interesse protetto dal diritto. Per maggiori approfondimenti sulla tematica, nonché per un'approfondita critica a tale ricostruzione si veda ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano 2002, pp. 346 e ss. Si può inoltre consultare FIANDACA-MUSCO, op. cit., p. 315, 191 e ss., GROSSO, voce *Dolo* (dir. pen.), in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXII, Torino 1989, pp. 2 e ss.; SANTAMARIA, voce *Evento*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano 1967, pp. 118 e ss.

²⁵⁸ FIANDACA-MUSCO, op. loc. cit., ove si sottolinea che la predetta definizione legislativa nacque dallo sforzo della dottrina di produrre un compromesso tra le due teorie della rappresentazione e della volontà che si contendevano il campo al momento della redazione del codice Rocco. Si veda anche *supra*, capitolo I. Per

circoscrivendolo alla previsione e alla volontà del solo evento materiale o giuridico, dal complesso delle leggi penali emerge che il medesimo (nella sua accezione base di dolo generico) è rappresentazione e volontà del fatto tipico previsto dalla legge come reato; quindi non del solo evento, ma di tutti gli elementi di cui si compone la fattispecie.

La nozione del dolo come rappresentazione e volontà del fatto tipico non si ricava dal solo articolo 43 c.p., ma dal combinato disposto degli articoli 42, co. 1 c.p. e 43 c.p. con tutte le altre disposizioni che concorrono a determinare gli elementi della fattispecie tipica di reato di cui l'agente deve avere coscienza e volontà; tra queste sono fondamentali quelle che prevedono situazioni in presenza delle quali è esclusa la punibilità a titolo di dolo²⁵⁹. Il concetto normativo di dolo viene quindi elaborato anche alla luce delle disposizioni contenute negli articoli 5, 44, 47, e 59, c.p. disciplinanti nell'ordine l'ignoranza della legge penale, le condizioni obiettive di punibilità, l'errore di fatto e, da ultimo, le circostanze non conosciute o erroneamente supposte²⁶⁰. Seguendo questa impostazione l'oggetto del

ulteriori approfondimenti si vedano DE MARSICO, op. loc. ult. cit.; HASSEMER, *Caratteristiche del dolo*, in *Ind. Pen.* 1991, p. 481; EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., pp. 13 e ss.; PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano 1993, pp. 3 e ss.; ID., voce *Reato doloso*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Torino 1996, pp. 235 e ss.

²⁵⁹ In tal senso, M. GALLO, voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enciclopedia giuridica Giuffrè*, Milano 1992, p. 751, che sottolinea come se, verificandosi determinate ipotesi, viene meno ogni responsabilità per dolo, e residua tutt'al più una punibilità a mero titolo di colpa, si è autorizzati a concludere che tra gli elementi costitutivi del dolo rientra anche il contrario della situazione che ha per effetto di escluderlo.

²⁶⁰ In tal senso, ancora GALLO, op. ult. cit., pp. 753 e ss.; GROSSO, op. loc. cit., i quali accentrano la trattazione in particolar modo sull'analisi dell'articolo 47 c.p. V. anche MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 321 ove l'autore, dopo aver formulato la suddetta ricostruzione, giudica opportuno ed auspicabile nella prospettiva di una futura innovazione legislativa riformulare l'articolo 43, comma 1 c.p. secondo lo schema del codice Zanardelli (art. 45, co. 1 c.p.). La norma andrebbe pertanto così modificata: "Il delitto è doloso quando il fatto, che costituisce il reato, è dall'agente preveduto e voluto". Tale definizione, oltre ad abbracciare il dolo dei delitti di evento e dei delitti di condotta, delineerebbe più nitidamente i confini con la colpa. Anche FIANDACA-MUSCO, op. loc. cit., condividono l'intuizione per la quale l'oggetto del dolo andrebbe individuato avendo riguardo alla disciplina sull'errore delineata negli articoli 5, 47, 59 c.p.; nello stesso senso si esprime TASSI, *Il dolo*, Padova 1992, p. 1. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino 1993, p. 455, fa invece dipendere l'elaborazione della nozione di dolo dal combinato disposto degli articoli 5, 47, 59, 60, 82 e ss., 116 e ss. c.p., asserendo che solo in questo modo si possa sviluppare una ricostruzione del dolo e del suo oggetto idonea ad essere usata in tutto l'ambito penalistico senza il rischio di doverne frammentare il significato a secondo dei casi sottoposti dalla realtà all'interprete. BOSCARELLI, *Compendio di diritto penale, parte generale*, Milano 1994, p. 86 focalizza in particolar modo l'attenzione sulla trattazione degli articoli 47 e 59 c.p., aderendo così anch'egli alla teoria per la quale si può ricostruire il dolo solamente dopo aver proceduto all'analisi di tutta la disciplina dettata dal legislatore sulla materia di elemento soggettivo del reato.

dolo, in definitiva, deve ritenersi costituito da tutti gli elementi positivamente richiesti per l'integrazione delle singole figure di reato²⁶¹.

Senza affrontare l'ampio dibattito in relazione a tali aspetti e concentrando l'attenzione su quanto più specificamente attinente al tema di indagine, non si dubita del fatto che, in relazione ai reati causalmente orientati alla produzione di un evento naturalistico, nel fuoco della previsione e volontà necessarie ad integrare il dolo debba rientrare la modificazione del mondo esterno imputabile sul piano oggettivo alla condotta tenuta dal soggetto attivo del reato²⁶². Il dolo esprime una componente del rapporto tra condotta ed evento richiesta, insieme all'imputazione oggettiva, per poter ascrivere la produzione dell'effetto ad un determinato soggetto e si sostanzia in un legame psichico particolarmente intenso tra l'autore della condotta e le conseguenze della stessa. Oggetto del dolo è quindi in primo luogo il rapporto di causa – effetto esistente tra la condotta programmata dal soggetto e le conseguenze da essa prodotte. Occorre allora analizzare più specificamente come si atteggi la struttura del dolo in relazione all'evento naturalistico ed in che termini quest'ultimo deve ritenersi voluto dall'autore della condotta della quale costituisce l'effetto.

3. Il dolo tra intenzione, rappresentazione e volontà

Con il termine struttura si intende normalmente descrivere l'insieme degli elementi che costituiscono l'essenza del dolo, ovvero le componenti psicologiche che devono essere necessariamente riscontrate in un soggetto affinché il suo agire possa essere detto doloso²⁶³.

²⁶¹ Per tutti si veda FIANDACA-MUSCO, op. ult. cit., p. 322, ove si fa presente che soltanto tale tesi consente di ricostruire l'oggetto del dolo tenendo contemporaneamente presenti tutte le differenti caratteristiche strutturali dei reati di azione e dei reati di evento; nello stesso senso PADOVANI, *Diritto penale*, Milano 1999, p. 255. Anche PECORARO ALBANI, *Il dolo*, cit., pp. 610 e ss. ritiene che l'analisi dell'oggetto del dolo coincida con l'analisi del fatto illecito nel suo aspetto oggettivo e si risolva nello studio della fattispecie, allo scopo di precisare quale delle componenti di essa debba essere oggetto di volizione.

²⁶² GALLO, *Il dolo*, cit., pp. 206 e ss.

²⁶³ In tal senso PADOVANI, op. ult. cit., p. 260, il quale parla di coefficienti psichici reali sottolineando come l'aggettivo reale venga a significare che essi devono essere effettivamente presenti nell'agente nel momento in cui realizza la condotta tipica.

Ammessa come pacifica la necessità della volontarietà della condotta attiva od omissiva, la dottrina è andata alla ricerca del legame psicologico più idoneo a correlare l'evento conseguente al comportamento tenuto all'azione volontaria²⁶⁴.

Sull'essenza del dolo si sono succedute nel tempo tre teorie: dell'intenzione, della rappresentazione e della volontà, ciascuna delle quali, individualmente presa e privata di qualunque forma di interazione con le altre, ha palesato limiti consistenti, soprattutto nella ricostruzione della figura di confine del dolo eventuale.

La prima teoria muoveva dalla premessa filosofica²⁶⁵ per la quale ciascun individuo pone in essere un atto di volizione mai fine a se stesso, bensì in vista del conseguimento di uno scopo. L'unica, autentica manifestazione di volontà è ritenuta l'intenzione, da intendersi come volontà tendente verso un determinato risultato²⁶⁶. Il dolo, pertanto, sarebbe riscontrabile esclusivamente ove l'autore del reato, nel tenere una determinata condotta, avesse quale obiettivo la realizzazione dell'evento da essa prodotto. Il dolo viene identificato con lo scopo, con la volontà motivata dall'evento rappresentatosi dall'agente ed oggettivatasi nella realizzazione dello stesso²⁶⁷. Tant'è che i reati di pura condotta costituirebbero un'anomalia del sistema, in quanto caratterizzati da una struttura dell'aspetto volitivo tipizzata in maniera lontana dalla realtà²⁶⁸.

Si ritenne che la teoria peccasse per difetto, non consentendo di comprendere nel titolo di imputazione soggettiva ipotesi nelle quali dottrina e giurisprudenza avevano sempre riscontrato un atteggiamento doloso, pur non risultando che il soggetto avesse agito proprio allo scopo di realizzare un determinato evento²⁶⁹. Si

²⁶⁴ V. BETTIOL, *Diritto penale, parte generale*, Padova 1982, p. 454; *amplius* DE MARSICO, op. loc. ult. cit.

²⁶⁵ Per la quale si veda CROCE, *Filosofia della pratica. Economia ed etica*, 1915, p. 34.

²⁶⁶ Per PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano 2000, p. 272, tale ricostruzione strutturale è addirittura risalente al periodo storico in cui la nozione penalistica di dolo si staccò da quella civilistica che, in quanto incentrata sull'inganno e sulla malizia, si rivelò inadeguata rispetto ai reati non fraudolenti. Fu allora che s'individuò la struttura del dolo penale essenzialmente nella intenzione, cioè nel tendere della volontà verso un determinato risultato. Similmente MANTOVANI, op. ult. cit., p. 323.

²⁶⁷ PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 118, 158-159.

²⁶⁸ GALLO, op. ult. cit., p. 208.

tratta dei casi in cui l'agente vuole compiere una determinata azione per raggiungere un risultato diverso da quello costituito dall'evento proibito, tuttavia preso in considerazione quale conseguenza certa o probabile del processo causale attivato dalla condotta²⁷⁰. Al di là della correttezza di tale metodo di indagine, caratterizzato da un'inversione dei termini del ragionamento (il legislatore non può aver circoscritto la volontà alla sola ipotesi dell'intenzione, in quanto non vi rientrerebbero casi pacificamente ritenuti dolosi), la limitatezza della soluzione ermeneutica a ben vedere emerge dal confronto con la formulazione normativa. Nell'ambito di questa, infatti, l'espressione "secondo l'intenzione" rappresenta un inciso descrittivo, ma non apporta un contributo definitorio mediante un rinvio a concetti pregiuridici. La descrizione del tipico atteggiamento doloso, infatti, è data dalla previsione e volontà dell'evento come conseguenza, espressione dal significato indubbiamente più ampio rispetto a quello di intenzione intesa come scopo della condotta²⁷¹. Tant'è che alcuni autori intendono il richiamo

²⁶⁹ V. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 264-265, il quale, rifacendosi al pensiero di DELITALA (*Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit.), osserva come l'esperienza quotidiana insegni che molto spesso, pur di realizzare un risultato, l'agente consente che se ne verifichi un altro di per sé non voluto. Quest'ultimo, quindi, non può essere considerato movente, futile o importante, dell'azione compiuta. Sostenendo che sono volontari solo i risultati costituenti lo scopo dell'azione, si dovrebbe escludere l'imputabilità a titolo di dolo di tutte le conseguenze non prese di mira, ancorché previste come certe o come possibili.

L'Autore aggiunge che la teoria dell'intenzione in senso psicologico si rivela inadeguata proprio in relazione a queste ipotesi, così come anche in relazione ad azioni compiute senza nessun legame con risultati ulteriori. Si perverrebbe così ad un'eccessiva restrizione dell'ambito del dolo, laddove la volontà può dirigersi ad un avvenimento a prescindere dal suo significato per l'intimità psichica dell'agente. Il diritto si richiama alla volontà e non all'interesse, al desiderio od al movente per la disciplina dei rapporti umani, rispetto alla quale assume quindi rilievo la decisione ad agire in un certo modo e non il perché della condotta. Se il soggetto si è deciso ad agire è del tutto irrilevante che l'evento non sia lo scopo della sua attività. Volontario è anche l'evento preveduto come necessariamente connesso alla sua condotta come mezzo o come risultato, anche se risulti spiacevole o comunque non perseguito come fine. V. anche ESPOSITO, *Appunti sulla volontà e rappresentazione nel dolo*, 1934, p. 20.

²⁷⁰ GALLO, op. ult. cit., p. 208 e ss. Particolarmente interessante è notare come in alcune delle fonti più risalenti (per tutte si vedano DI LORENZO, *I limiti tra dolo e colpa*, Napoli 1955, pp. 79 e ss. e BECCARI, *La conseguenza non voluta*, Milano 1963, *passim*) il dolo eventuale è considerato un vero e proprio dogma concettuale, l'incompatibilità con il quale è di per sé idonea e sufficiente a dimostrare la fallacia o la correttezza di qualsiasi disputa dottrinale sulla struttura del dolo e sui confini del medesimo con la colpa. Non vi sono poi elaborazioni dommatiche che si siano sviluppate prescindendo completamente dal dolo eventuale, motivo per cui non è mai stata compiutamente valutata la tenuta concettuale di un sistema in cui tale elemento soggettivo volesse essere escluso, nonostante in un orizzonte dominato dal tecnicismo giuridico gli unici dogmi inamovibili avrebbero dovuto essere quelli posti dalle norme del diritto positivo.

²⁷¹ PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 167. V. anche VANNINI, *Poche parole ma chiare parole in tema di dolo*, Milano 1953, p. 9, il quale sottolinea che la terminologia utilizzata dal legislatore è semplicemente imprecisa, giacché a chiarire lo spirito della definizione contenuta nell'art. 43 c.p. soccorre la stessa norma,

all'intenzione come volontà di precisare che il dolo si configura soltanto in presenza di manifestazioni psichiche reali e non meramente supposte²⁷².

Non può sostenersi che la volontà si identifica con il fine perseguito. Se non può disconoscersi che si agisce sempre per un certo fine, non è tuttavia esatto che la volontà si orienta sempre finalisticamente. Il fine, infatti, è anticipazione intellettuale ed emotiva di un fatto cui si tende con l'azione intrapresa per soddisfare un certo bisogno. Esso è quindi compatibile con un frazionamento di azioni che si succedono per il suo conseguimento e che dal fine medesimo ricevono una particolare luce. La volontà innanzitutto si rivolge all'azione, poi allo scopo, il quale può anche porsi al di là dell'azione intrapresa e, quindi, della fattispecie criminosa. La direzione della volontà verso la produzione di un certo evento, insomma, è un concetto che non si esaurisce nel perseguire l'evento stesso come obiettivo primario della condotta²⁷³.

La previsione e volontà dell'evento è qualcosa di meno intenso dell'intenzione, perché esprime la relazione con gli effetti della condotta indipendentemente dal valore che essi hanno per il soggetto agente. Il diritto positivo fonda il dolo sulla mera relazione psichica, senza chiedere che l'evento fosse lo scopo perseguito dall'agente. Altrimenti opinando, peraltro, non si comprenderebbe per quale ragione il legislatore distingua il dolo dal motivo, assegnando a quest'ultimo rilevanza soltanto in alcuni casi²⁷⁴. A meno di non voler ampliare il concetto e ritenere che si abbia sempre intenzione, sebbene in senso più ampio, anche nelle ipotesi in cui la condotta si diriga alla produzione di conseguenze accessorie rispetto a quella costituente scopo dell'azione, in quanto l'accadimento dovrebbe considerarsi voluto nel suo complesso. L'intenzione si identificherebbe nella semplice direzione della volontà, a prescindere dal significato dell'evento per l'intimità psichica del soggetto. Sarebbe così irrilevante il fatto che gli effetti della condotta fossero o

nella parte in cui parla di evento preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione. In questo modo la disposizione fa comprendere che l'evento doloso si identifica con l'evento voluto, anche se esso non fosse preso di mira dall'agente come obiettivo primario della sua condotta.

²⁷² GALLO, op. ult. cit., p. 150; v. anche PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 222-223.

²⁷³ PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 164 ss.

²⁷⁴ PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 168-169.

meno presi di mira; che fossero o meno desiderati; che fossero o meno scopo dell'agire²⁷⁵. Così facendo, tuttavia, nell'affanno di individuare una nozione a tal punto ampia da ricomprendere ipotesi ontologicamente differenti, di fatto si snatura il concetto di partenza, rendendolo inidoneo ad esprimere l'essenza del nesso psichico richiesto²⁷⁶. Il termine intenzione finirebbe coll'essere accolto in senso logico-formale, comunque diverso da quello del linguaggio comune e psicologico, per il quale l'intenzione è sinonimo di scopo perseguito, di volontà diretta alla realizzazione di un fine²⁷⁷.

Fu tuttavia nel confronto tra la teoria della rappresentazione e quella della volontà che, prima dell'emanazione del codice Rocco, la disputa sulla struttura del dolo conobbe la contrapposizione più accesa²⁷⁸.

La teoria della rappresentazione si sviluppò a partire dal 1800 muovendo i primi passi dalla psicologia dinamica analitica. Si basava sull'assunto per cui la volontà, esaurendosi nell'impulso dato ai nervi motori, potesse avere per oggetto solo il movimento corporeo, il che implicava, a sua volta, che l'evento conseguente all'azione potesse essere soltanto previsto dalla mente, ma non voluto nel senso autentico del termine²⁷⁹. Partendo da siffatte premesse si ritenne che per qualificare il dolo, accanto alla volontarietà dell'azione e dell'omissione, fosse necessaria la previsione dell'evento lesivo, vale a dire la rappresentazione mentale anticipata²⁸⁰

²⁷⁵ PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 155.

²⁷⁶ GALLO, op. ult. cit., p. 145.

²⁷⁷ PECORARO ALBANI, loc. ult. cit. L'autore aggiunge che non è possibile qualificare come scopi intermedi eventi che, seppure necessari per la realizzazione dell'accadimento nel suo complesso, nella prospettiva dell'agente possono essere spiacevoli od indifferenti, in quanto la sua intima aspirazione non si appunta verso essi. Non si tratta di azioni-fine, bensì di azioni-mezzo; per questa ragione non possono assumere le caratteristiche del movente della condotta.

²⁷⁸ Contrapposizione che secondo PROSDOCIMI, op. ult. cit., p. 238, è stata anche fortemente incentivata da influssi di carattere filosofico, psicologico ed infine anche teologico. Per maggiori approfondimenti si può consultare per tutti LICCI, *Dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, p. 1501. Vedi anche, *supra*, capitolo I.

²⁷⁹ V. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 118.

²⁸⁰ Così FIANDACA-MUSCO, op. ult. cit., p. 315, in riferimento a MAYER, *Strafrecht*, AT, Stuttgart 1967, p. 118; v. anche MANTOVANI, op. loc. cit.

dell'evento come conseguenza del proprio comportamento. Poiché senza la previsione il dolo era considerato insussistente, la semplice previsione fu ritenuta condizione necessaria e sufficiente per riconoscere come doloso un dato comportamento.

Nell'intento di elaborare un concetto di dolo, che potesse abbracciare le ipotesi dolose non intenzionali, tale teoria finì per dilatare molto l'ambito del dolo, fino a comprendervi casi strutturalmente identici alla colpa con previsione dell'evento (art. 61 n. 3 c.p.), a tal punto da rendere estremamente complessa se non impossibile la distinzione con il comportamento doloso²⁸¹. Inoltre, l'intuizione di fondo della teoria era corretta sul piano delle scienze naturali, ma proprio per questo risentiva dello stesso vizio di fondo sotteso alla teoria dell'intenzione, ovvero quello di ritenere che il legislatore avesse inteso riprodurre nella formula legislativa una realtà pregiuridica. Piuttosto, avrebbe dovuto indagarsi sul significato giuridico-sociale del richiamo alla volontà in aggiunta alla previsione dell'evento, valutando se la nozione legislativa di volontà si accontentasse della sola previsione dell'evento, o richiedesse qualcosa in più rispetto ad essa; ovvero se assumesse nella struttura del dolo una funzione tale da consentire di ritenere volute anche le conseguenze dalla condotta agli effetti delle norme penali²⁸².

L'eccesso di analisi caratterizzante la teoria in questione, in effetti, non consente di cogliere che la volontà nelle norme penali non è considerata esclusivamente quale innervazione muscolare, ma assume il significato di signoria sulla realtà in cui il soggetto opera. La volontà non va confusa con i mezzi di cui necessita per realizzarsi nel mondo esterno. Essa deve avere un oggetto, che nei reati di evento è rappresentato dalla modificazione della realtà prodotta dalla condotta. Detta modificazione, ove prevista quale conseguenza della condotta stessa, non può dirsi

²⁸¹ PAGLIARO, op. ult. cit., p. 273, ove si fa l'esempio classico del guidatore che conduce l'autovettura a velocità eccessiva pur prevedendo la possibilità di investire qualche passante; il che poi effettivamente avviene.

²⁸² GALLO, op. ult. cit., pp. 144, 208 e ss.

semplicemente oggetto di rappresentazione e non anche di volontà, alla luce del significato sociale e giuridico assunto dalla nozione²⁸³.

Dalla contrapposizione tra i due orientamenti scaturisce l'attuale formulazione dell'art. 43 c.p. La definizione del dolo in essa contenuta, infatti, presuppone il dibattito poc'anzi riassunto ed offre una nozione di volontà diversa sia da quella tipica delle scienze extragiuridiche -circoscritta all'impulso fisico che dà luogo alla condotta-, sia da quella filosofica -la quale dà rilievo primario all'obiettivo a fondamento della scelta comportamentale-.

Incentrare l'oggetto del dolo su un *quid* esterno alla condotta ed unito a quest'ultima da un rapporto di causa-effetto, individuando il nesso psichico in un atteggiamento di previsione e volontà, significa che sul piano giuridico si considera voluto anche un effetto della condotta, là dove previsto come tale. D'altra parte, la rappresentazione non va intesa come un dato meramente intellettualistico, in quanto, per essere in grado di esprimere la signoria sul fatto da parte dell'agente, presuppone la coscienza del valore dell'atto e della sua rilevanza rispetto al prodursi di un certo evento e non dell'atto in sé²⁸⁴. Il momento della rappresentazione, in questa prospettiva, non rileva come fase autonoma accanto a quello volitivo, bensì come suo contenuto²⁸⁵. Il richiamo ai due momenti della rappresentazione e della volizione esprime un'esigenza di analiticità nella descrizione della realtà pregiuridica del dolo. Sul piano giuridico-sociale, invece, la volontà di un fatto sussiste proprio in forza dell'intima fusione tra volontà della condotta e rappresentazione degli effetti della stessa: può esistere consapevolezza senza volontà, ma non volontà senza consapevolezza²⁸⁶. L'evento può dirsi voluto proprio perché previsto quale effetto di una determinata azione od omissione²⁸⁷.

²⁸³ Cfr. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 129-130.

²⁸⁴ V. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 180.

²⁸⁵ Sulla rappresentazione di circostanze esistenti e sulla previsione degli effetti della condotta trova fondamento la relazione dell'intelletto dell'agente con il mondo esterno, la consapevolezza che il soggetto ha del suo oggetto, compresa quella che il soggetto medesimo ha di se stesso come fattore causale. In tal senso v. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 177.

²⁸⁶ DE MARSICO, op. ult. cit., p. 66; cfr. anche VANNINI, op. ult. cit., pp. 6 e ss. e SABATINI, *Istituzioni di diritto penale*, P.G., vol. I, Catania 1943, p. 323.

4. Le specie di dolo: dolo intenzionale e dolo diretto

Individuata la componente essenziale dell'atteggiamento doloso rispetto all'evento naturalistico conseguenza della condotta nella relazione tra previsione e volontà poc'anzi descritta, sono state proposte una serie di distinzioni circa le possibili forme del dolo.

La distinzione di maggior interesse in questa sede è senz'altro quella che contrappone le tipologie di dolo in ragione del diverso livello di partecipazione soggettiva dell'autore ed, in particolare, in ragione del diverso atteggiarsi della rappresentazione e della volontà rispetto all'evento, ferma restando la necessaria compresenza delle due componenti per la configurabilità del nesso di imputazione in questione²⁸⁸.

La pluralità di posizioni dottrinarie, spesso caotica sia sotto il profilo linguistico che culturale, si manifesta sin dal momento di fissare, prima ancora dei contenuti, i termini e le caratteristiche dell'elemento della volontà. Così, c'è chi opera una tripartizione tra dolo intenzionale, dolo diretto e dolo eventuale²⁸⁹, ma anche chi si

²⁸⁷ GALLO, op. ult. cit., pp. 145 e ss.

²⁸⁸ Come si vide (*supra*, capitolo I) questa prospettiva fu adottata anche dal legislatore del codice penale vigente, come risulta con chiarezza dall'esame dei lavori preparatori. GALLO, op. cit., p. 223 incentra la distinzione tra le varie forme di dolo sull'intensità della sola previsione, pur riconoscendo l'interazione tra questo profilo e quello volontaristico. Sostiene infatti che l'intensità del dolo si gradua a seconda dell'intensità della previsione dell'evento, sia in rapporto alla sua efficacia causale sul processo di volizione, che al grado di probabilità con cui il suo oggetto viene raffigurato. L'intensità è quindi massima allorché la previsione dell'evento entra nella serie di scopi in vista dei quali un soggetto si determina ad una data condotta: in tali ipotesi il dolo assume la specifica forma di intenzione. Distinta da questa, e seconda in ordine di intensità, è la figura del dolo semplice, che si realizza quando l'agente ha volontariamente compiuto una certa azione, malgrado si rappresentasse come sicuro il sopravvenire di un evento dannoso. Infine, ove l'azione volontaria sia accompagnata dalla previsione della probabilità o della possibilità che l'evento si verifichi, si ha dolo eventuale o indiretto.

PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 268-269 correttamente rileva che anche la distinzione tra evento intenzionale ed evento voluto come certo, ma non come scopo della condotta, attiene alla sfera emotiva del soggetto ed all'intensità della relazione con le conseguenze della condotta, ma non all'essenza del legame psichico con le stesse. I due casi, infatti, non si differenziano strutturalmente, dato che la previsione della modificazione del mondo esteriore quale conseguenza della condotta e la volontà di realizzarla sono presenti in entrambi i casi.

²⁸⁹ Così, tra i molti, FIANDACA-MUSCO, op. ult. cit., pp. 328 e ss.; MARINI., op. ult. cit., pp. 474 e ss.; GALLO, voce *Dolo*, cit., p. 793; GROSSO, op. ult. cit., p. 7; PAGLIARO, op. ult. cit., pp. 274 e ss.; TASSI, *Il dolo*, cit., p. 3; MANZINI, *Trattato*, cit., p. 773, che preferisce, tuttavia, distinguere tra dolo generico, specifico e sub-specifico. Sul dolo in generale e sulle varie forme in cui si ritiene esso possa manifestarsi si vedano anche EUSEBI, *Il dolo nel diritto penale*, in *Studium iuris* 2000, pp. 1076 e ss. e MAGLIO-GIANNELLI, *Il dolo nel diritto penale*, in *Riv. pen.* 2001, pp. 693 e ss.

attiene ad un criterio bipartito, distinguendo talvolta tra dolo diretto e dolo indiretto e tal altra tra dolo intenzionale e dolo eventuale²⁹⁰; ciò fa sì che, al di là delle questioni terminologiche, il dolo finisca spesso per avere non solo nomi, ma anche configurazioni concettuali differenti.

La distinzione tra dolo intenzionale, diretto ed eventuale è forse quella che risponde meglio all'esigenza di precisione definitoria, in quanto esaurisce la descrizione di tutte le possibili modalità di manifestazione e di combinazione delle due componenti strutturali del dolo²⁹¹. Ad ogni modo, al di là del profilo terminologico, quel che interessa è l'individuazione dei singoli casi che vanno ricondotti all'ambito del dolo, definendo il contenuto attribuito dalla dottrina al nesso di imputazione in esame sulla base del "gioco della volontà e della rappresentazione dell'agente in relazione alla realtà che lo circonda"²⁹². Ovviamente la questione dei contenuti assegnabili alle varie categorie assume particolare complessità con riferimento al dolo eventuale, del quale occorre accertare tanto il confine interno che il confine esterno in direzione della colpa con previsione.

Il dolo intenzionale (da alcuni autori definito anche dolo diretto di primo grado²⁹³ o semplicemente diretto²⁹⁴) rispetto ai reati di evento si sostanzia nell'agire con l'intenzione di cagionare gli effetti della condotta, costituenti lo scopo consapevolmente perseguito dal soggetto agente. Se l'evento è stato attuato di proposito, significa che è stato voluto: è la volontà che rende possibile il conseguimento dello scopo, la cd. obiettivizzazione del fine prefissosi

²⁹⁰ In tal senso, tra gli altri, MANTOVANI, op. ult. cit., p. 160; BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 462; ANTOLISEI, op. ult. cit., p. 359.

²⁹¹ Si veda PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 269 e ss., il quale si esprime in maniera critica soprattutto nei confronti dell'uso dell'espressione dolo indiretto, per ragioni legate al significato che la stessa ha assunto nella storia del diritto penale, preferendo l'aggettivo eventuale. Ritiene invece adeguata l'espressione dolo diretto, espressiva, per esclusione, del rapporto psichico del soggetto con l'evento né intenzionalmente, né eventualmente voluto, ma posto nel fuoco della sua volontà quale diretta e necessaria concomitanza o conseguenza della sua azione, sia essa piacevole, spiacevole o indifferente.

²⁹² PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 258. V. anche VANNINI, op. ult. cit., p. 34.

²⁹³ In tal senso FIANDACA-MUSCO, op. loc. ult. cit.

²⁹⁴ V. VANNINI, op. cit., p. 38 e MAGGIORE, *Diritto penale parte generale*, vol. I, 1949, p. 442.

dall'agente²⁹⁵. Nell'ambito dei reati usualmente definiti "di azione"²⁹⁶, consistenti nel semplice compimento della condotta vietata, a prescindere dal verificarsi di qualsiasi evento casualmente connesso con la medesima, si ritiene, invece, che esso consista nell'intenzione di ledere l'interesse protetto dalla norma penale incriminatrice. In quest'ambito, dunque, sarebbe la realizzazione dell'illecito come tale a costituire l'obiettivo finalistico che dà causa alla condotta, cioè lo scopo in vista del quale il soggetto agisce²⁹⁷.

Ora poiché l'intenzione è costituita dalla volontà da parte dell'agente di ciò che questi realizza²⁹⁸ e la risoluzione criminosa sussiste anche quando manca la certezza dell'evento, ben potendosi agire in direzione di qualcosa senza avere la certezza del suo verificarsi, la dottrina maggioritaria reputa tale criterio di imputazione soggettiva compatibile con la previsione dell'evento in termini di semplice probabilità²⁹⁹ o di possibilità³⁰⁰.

La dottrina dominante definisce la forma di dolo in questione come quella maggiormente pervasa, se non addirittura dominata, dall'elemento della volontà.

²⁹⁵ PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 259. L'autore precisa peraltro che per intenzione in senso psicologico deve intendersi la direzione della volontà rispetto ad un fine e non l'intenzione quale un "puro interno", un semplice disegno, un mero proposito non tradottosi in azione.

²⁹⁶ V. GROSSO, op. ult. cit. p. 7; FORNASARI, *Introduzione al sistema penale*, AA.VV., Torino, 2000, p. 168.

²⁹⁷ In tal senso FIANDACA-MUSCO, op. loc. cit., che si sottolinea che come tale scopo va distinto dal movente, consistente invece nella motivazione interiore o nell'impulso emotivo che induce il soggetto a perseguire come scopo della condotta proprio la realizzazione del reato.

²⁹⁸ BOSCARELLI, op. ult. cit., p. 91.

²⁹⁹ In tal senso GROSSO, op. loc. ult. cit.; PICOTTI, *Il dolo specifico*, Milano 1993, p. 602; FIANDACA-MUSCO, op. loc. cit., ove viene fatto l'esempio del tiratore inesperto che, agendo al fine di provocare l'evento mortale, è tuttavia dubbioso di riuscire a cagionarlo.

³⁰⁰ PROSDOCIMI, voce Reato doloso, cit., p. 246, che propone l'esempio simile di colui che fa fuoco nel buio contro una sagoma che ritiene essere il suo avversario, pur non avendone l'assoluta certezza. Si veda anche PECORARO ALBANI, p. 260. L'autore aggiunge che il dolo, essendo volontà e non desiderio, decisione di agire causalmente e non mera intenzione, necessita della previsione dell'evento perseguito. Il nesso di causalità tra azione ed evento, quale elemento della fattispecie, deve riflettersi, ai fini del dolo, nella mente del soggetto. Non può sicuramente parlarsi di coscienza della causalità della propria azione quando l'evento è improbabile. Il proposito può tradursi in volontà solo se l'agente agisce causalmente: tale situazione non si verifica allorché lo stesso agente considera l'evento irrealizzabile con le sue forze o dipendente dal caso (loc. cit., p. 216 ss.). Del resto sul piano logico sarebbe un difficile sostenere che il soggetto ha agito allo scopo di realizzare un determinato evento se non era convinto di poterlo realizzare, posto che proprio lo scopo perseguito nel dolo intenzionale viene ritenuto la causa della risoluzione ad agire.

Aderendo all'idea che la volontà consista nel perseguire un certo fine, adoperandosi per realizzarlo, nel dolo intenzionale l'elemento volontaristico si estrinsecerebbe nel modo più pieno, in considerazione dell'intensità con cui l'evento è perseguito dall'agente³⁰¹. Sulla base di simili motivazioni si ritiene pertanto che il dolo intenzionale costituisca la forma basilare di dolo, o almeno quella che più corrisponde al suo concetto astratto³⁰².

Il dolo è invece diretto³⁰³ tutte le volte in cui l'agente si rappresenta con certezza gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice e si rende conto che la sua condotta la integrerà certamente³⁰⁴. Esso si configura quando la realizzazione dell'evento non è l'obiettivo che induce alla condotta, pure in se illecita, ma costituisce solamente uno strumento necessario per far conseguire all'agente lo scopo che persegue³⁰⁵.

Tradizionalmente si afferma che mentre il dolo intenzionale è caratterizzato dal dominio dell'elemento della volontà, in quanto la realizzazione dell'evento rappresenta la causa dell'agire, il dolo diretto si distingue invece per il ruolo predominante della rappresentazione. Essa, ad ogni modo, resta congiunta ad un volizione autentica e piena, espressa dalla decisione di agire nella consapevolezza

³⁰¹ PECORARO ALBANI, p. 259; anche PANNAIN, *Manuale di Diritto Penale (pt.gen.)*, vol. I, Torino 1962, p. 322.

³⁰² In tal senso EUSEBI, op. ult. cit., p. 56, il quale al riguardo parla di espressione tipica dell'elemento soggettivo doloso. Quanto all'origine storica si veda *supra*, capitolo I.

³⁰³ GALLO, op. ult. cit., p. 223 preferisce parlare di dolo diretto come sinonimo di dolo intenzionale, riservando all'ipotesi della condotta posta in essere nella certezza della produzione dell'evento quale conseguenza la qualifica di dolo semplice.

La terminologia utilizzata ha inevitabilmente margini di convenzionalità. Quel che interessa è piuttosto la sostanziale concordanza tra tutti gli autori sulle varie forme che può assumere il dolo in considerazione del diverso atteggiarsi e combinarsi dei profili della rappresentazione e della volizione.

³⁰⁴ In tal senso FIANDACA-MUSCO, op. loc. cit., mentre MARINI, op. ult. cit., p. 474 ritiene che sia sufficiente la previsione della realizzazione del fatto tipico in termini di probabilità.

³⁰⁵ In proposito FIANDACA-MUSCO, op. loc. cit., i quali rendono più chiaro il concetto ponendo l'esempio del terrorista che per sequestrare un uomo politico è costretto ad sparare contro gli uomini della scorta che lo proteggono, con la quasi certezza di provocarne la morte che, invece, avrebbe preferito evitare. A detta degli autori rientra inoltre nel dolo indiretto anche la forma di dolo che una parte della dottrina chiama dolo indiretto e che si caratterizzerebbe per il fatto che l'evento lesivo si porrebbe come una conseguenza accessoria materialmente connessa alla realizzazione volontaria del fatto principale.

degli effetti della propria condotta³⁰⁶. Dinanzi alla necessità dell'evento non si può sostenere che l'agente si sia posto in una posizione di passiva accettazione delle conseguenze del proprio operato: se il soggetto non avesse voluto l'evento, infatti, non avrebbe agito nella sua direzione. Anche in una ipotesi simile, insomma, il soggetto opera con "consapevole causalità", appropriandosi della realtà necessaria per lo svolgimento della condotta ed esprimendo la propria signoria sul corso delle cose. Dinanzi a questo atteggiamento è irrilevante che gli effetti della condotta, sul piano dell'emotività psichica del soggetto, fossero spiacevoli od indifferenti, laddove appropriarsi degli stessi rappresenta senza dubbio un atto di volontà³⁰⁷.

Per completezza di trattazione va sottolineato che in dottrina non mancano autori che preferiscono distinguere ulteriormente, tra gli estremi costituiti dal dolo intenzionale e dal dolo eventuale, le figure del dolo diretto e del dolo indiretto. La caratteristica del primo viene individuata nella realizzazione della fattispecie come mezzo necessario per il conseguimento di un altro risultato attraverso la medesima condotta materiale. Il secondo, invece, si avrebbe quando l'autore della condotta considera l'evento ulteriore come conseguenza collaterale sicura o altamente

³⁰⁶ Della riconducibilità all'atteggiamento doloso della condotta posta in essere nella certezza del verificarsi dell'evento quale conseguenza sono state offerte anche altre spiegazioni, le quali, a ben vedere, non stravolgono l'essenza del nesso psichico, ma offrono una descrizione dello stesso incentrata sulla giusta valorizzazione del profilo rappresentativo (V. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 262-263)

Si è così sostenuto che la volontarietà dell'evento dipenderebbe dalla volontà della causa. Chi vuole la causa (ndr., la condotta) e sa che un evento è necessariamente legato all'azione che si compie, non può non volerne anche l'effetto. Le conseguenze previste come certe formano con l'azione un tutto unitario, appunto perché il legame che lo avvince è considerato come necessario, in quanto l'agente non è in grado di discioglierlo con le sue forze se non astenendosi dalla condotta.

In senso analogo si sostiene che l'evento è voluto in quanto l'agente, nel realizzare volontariamente l'azione, ha posto in essere la condizione necessaria per il suo verificarsi. Ovvero, ancora, che se l'evento è ritenuto evitabile solo con la rinuncia all'azione, la relazione con l'interesse dell'agente non altera quella con il volere del medesimo. Chi vuole un evento che prevede come condizione di un ulteriore evento necessario non può certo incidere sul corso delle cose secondo il suo desiderio, affermando che la volontà era diretta alla condizione e non al condizionato. Anche se l'evento non era desiderato, è senz'altro voluto, dato che l'attività dolosa opera nel mondo esterno secondo il corso delle cose e non come l'agente desidera.

Si tratta di ricostruzioni di natura oggettiva, incentrate sulla predominanza della certezza della previsione dell'evento ed in qualche modo legate alla teoria della rappresentazione. Esse contengono indubbiamente gran parte della verità, in quanto sul piano probatorio è ben evidente che l'agire con la certezza di produrre un determinato evento esprime la volontà della realizzazione. Tuttavia sul piano dell'essenza del dolo peccano per difetto, in quanto si accontentano di sostenere che esso si sostanzierebbe nell'azione malgrado la previsione, senza sottolineare il valore di questo comportamento -e, quindi, il suo significato per il diritto-, espressivo della signoria dell'agente rispetto ai risultati della condotta.

³⁰⁷ PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 262-264.

probabile del fine perseguito³⁰⁸. La distinzione appare tuttavia frutto di un eccessivo concettualismo. La prima ipotesi può infatti essere ricondotta all'ambito del dolo intenzionale, in quanto, non importando che l'evento ulteriore costituisca il fine ultimo perseguito dall'autore ed essendo invece sufficiente che questi lo voglia come obiettivo intermedio necessario per conseguirne uno ulteriore³⁰⁹. Quanto al dolo indiretto, oltre agli scenari che esso evoca in una prospettiva di analisi attenta al significato storico dell'espressione³¹⁰, va sottolineato che nell'azione compiuta con la rappresentazione delle conseguenze in termini di certezza l'evento rientra a pieno titolo nel fuoco della volontà, che non si limita a lambirlo, come parrebbe lasciar intendere la formula utilizzata.

4.1 Il dolo eventuale

Nel contesto concettuale in esame la figura più problematica è senz'altro quella del dolo eventuale, non solo in ragione dei profili distintivi rispetto alle altre tipologie sin qui analizzate, ma anche della difficile definizione del confine con la colpa cosciente e, quindi, della sua stessa ammissibilità come dolo.

La comune esperienza insegna che non sempre si agisce nella certezza del verificarsi dell'evento come effetto della propria condotta. L'eziologia delle modificazioni del mondo esterno è infatti un fenomeno complesso, che coinvolge una pluralità di fattori, la cui incidenza in relazione al caso concreto non è di agevole definizione ponendosi nella prospettiva *ex ante*³¹¹. Ferma restando la necessità di una relazione intellettuale in termini di previsione dell'evento, allora, ci si è chiesti se la rappresentazione della probabilità o della possibilità del verificarsi di un fatto sia compatibile con l'imputazione dolosa, ovvero se occorra sempre la certezza.

³⁰⁸ PROSDOCIMI, op. ult. cit., p. 246, ove si indicano ad esempio del dolo diretto il caso della distruzione della vetrata oltre la quale si trova la persona contro cui viene esploso un colpo di fucile e ad esempio del dolo indiretto, il medesimo caso del rapimento del politico, già indicato in precedenza.

³⁰⁹ In tal senso PAGLIARO, op. ult. cit., p. 272 e FORNASARI, op. ult. cit., p. 170.

³¹⁰ Si veda *supra*, capitolo I.

³¹¹ V. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 182.

Certezza, probabilità e possibilità con riferimento all'atteggiamento del soggetto nei confronti dello sviluppo causale dell'azione non vanno intese in termini oggettivi. Invero, non viene in rilievo la conoscenza di un fatto verificatosi, bensì la formulazione di un bilancio preventivo dell'azione in tutte le sue conseguenze³¹². Si tratta, quindi, di giudizi formulati in base alle regole di esperienza circa i rapporti di successione tra accadimenti; dette regole possono essere caratterizzate da una maggiore o minore rilevanza statistica di un determinato fattore causale rispetto alla produzione di un certo effetto.

La previsione in termini di certezza è un'adesione incondizionata della mente umana ad un giudizio di esistenza³¹³. Il giudizio di possibilità (o di probabilità, costituente una graduazione della possibilità basata sulla frequenza statistica) è invece il riconoscimento dell'attitudine (idoneità, capacità) di un fenomeno non ancora causato ad essere effetto di un altro fenomeno (o di una pluralità di fenomeni) ad esso antecedente. Probabilità e possibilità sono giudizi tipicamente rivolti al futuro e designano uno stadio imperfetto del processo conoscitivo, una conoscenza non adeguata alla realtà³¹⁴. Il concetto di possibilità rispetto all'evento sottende allora quelli di causabilità, producibilità, verificabilità, attitudine più o meno elevata di un certo fattore a produrre un certo effetto. L'agente non è certo del verificarsi dell'evento, ma non è neppure certo del contrario. Agisce sulla base di due rappresentazioni antitetiche, quella della verifica e quella della non verifica dell'accadimento. L'impossibilità di risolvere il giudizio problematico

³¹² CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, 1933, p. 161; CARRARA, *Programma*, cit., p. 114; PESSINA, *Elementi di diritto penale*, 1882, p. 174.

³¹³ ALLEGRA, *Il concetto logico di probabilità nel principio di pericolosità sociale e sue applicazioni pratiche*, in *Studi teorico-pratici sulla nuova legislazione italiana*, a cura della rivista *Il pensiero giuridico penale*, 1933, p. 297. D'altra parte la certezza di cui si discorre, essendo relativa al preventivabile svolgimento causale dei fatti umani, non va intesa in termini di necessità assoluta, trattandosi di giudizio eventualmente formulabile soltanto *ex post*. Si tratta in realtà di una necessità o certezza soggettiva, che denota l'esistenza di una determinata relazione psichica tra l'agente e le circostanze del fatto basata sull'*id quod plerumque accidit*. V. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 185.

³¹⁴ ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., pp. 296-297.

struttura la rappresentazione o coscienza in termini di possibilità: l'evento può verificarsi, ma non è detto che si verificherà³¹⁵.

Il giudizio di possibilità si identifica con lo stato di dubbio. In esso non manca mai la conoscenza. Quest'ultima è incerta e basata su una visione incompleta della realtà fenomenica, ma il soggetto agente possiede pur sempre la rappresentazione dello svolgimento delle cose, sicché non può dirsi né ignorante, né in errore³¹⁶.

Dato che nel dubbio la scienza non difetta, si ritiene ormai all'unanimità in dottrina che la consapevolezza della possibilità dell'evento non preso direttamente di mira dall'agente sia sufficiente ad integrare la relazione intellettuale necessaria per la configurabilità della previsione richiesta quale elemento strutturale del dolo³¹⁷. La variabilità dell'intensità o saldezza della rappresentazione, anzi, viene ritenuta caratteristica precipua del dolo, costituendo uno degli elementi in forza dei quali è possibile graduare l'intensità del legame psicologico con il fatto ai fini della commisurazione della pena³¹⁸.

Per quanto il dubbio venga ritenuto sufficiente ad integrare la relazione intellettuale tra il soggetto e l'evento prodotto dalla sua condotta, in dottrina si riscontra analoga unanimità di vedute nel ritenere che esso da solo non basti per la configurabilità del dolo. La presenza nell'ordinamento della figura della colpa con previsione e la interdipendenza tra profilo rappresentativo e profilo volitivo, infatti, spinge gli autori a cercare anche in questa ipotesi l'elemento caratterizzante del dolo, ovvero la volontà di produrre l'evento. Mentre l'intenzione e l'agire con la previsione della certezza dell'evento esprimerebbero in maniera limpida la volontà dello stesso, il dubbio previsionale, accompagnato dalla volontà della condotta è ritenuto in sé insufficiente per integrare il dolo, in quanto privo della componente principale di esso, rappresentata dalla volontà dell'evento. Di qui l'affannosa ricerca della componente volutaristica necessaria, in presenza di una rappresentazione

³¹⁵ PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 186-187.

³¹⁶ Cfr. MANZINI, op. ult. cit., p. 655.

³¹⁷ Per tutti PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 188.

³¹⁸ GALLO, *Il dolo*, cit., p. 211 e ss.

incerta ed in mancanza dell'intenzionalità della condotta, per sostenere che l'evento era stato oggetto della risoluzione dell'agente, accolto nel fuoco della sua volontà. Essa viene ricostruita con modalità del tutto peculiari, proprio per il difetto dell'intenzione o della certezza dell'evento³¹⁹. Soltanto apparentemente alcune teorie si accontentano della previsione dell'evento; in realtà connotano quest'ultima di peculiarità tali da valorizzarla quale elemento sintomatico della volontà dell'agente. Unità di vedute esiste dunque soltanto rispetto al momento conoscitivo del dolo eventuale: occorre, cioè, come requisito minimo, che l'agente preveda la concreta possibilità del verificarsi dell'evento lesivo³²⁰.

Rinviando per l'analisi approfondita della tematica al capitolo successivo, occorre dare brevemente conto dei diversi orientamenti formati con riguardo alla definizione del coefficiente volontaristico del dolo eventuale, al fine di cogliere la notevole differenza intercorrente con il dolo diretto. L'approfondimento in questa sede sarà concentrato sull'individuazione dei tratti essenziali delle teorie sul dolo eventuale, allo scopo di trarne elementi per valutare se la definizione delle sue caratteristiche venga influenzata da considerazioni di politica criminale legate alla concezione del dolo come manifestazione di colpevolezza, piuttosto che come criterio di imputazione dell'evento al soggetto.

4.2 Le teorie sul dolo eventuale

Secondo un orientamento la figura del dolo eventuale trova il suo fondamento nell'indifferenza dell'agente verso il diritto, non essendosi egli lasciato motivare dalla previsione della possibilità di cagionare l'evento. La mancata desistenza esprime l'indifferenza, in quanto nel processo formativo della decisione di tenere la condotta l'agente ha mostrato di non rinunciare agli interessi perseguiti, palesando disprezzo per la possibile lesione del bene giuridico potenzialmente connessa al suo comportamento. L'agente preferisce la realizzazione dell'evento alla rinuncia del perseguimento del proprio fine; si configura invece la colpa con previsione qualora

³¹⁹ Su questa esigenza di ricerca della componente volontaristica da associare alla previsione in termini di possibilità si veda, per tutti, PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 190-191, 306, 352.

³²⁰ Così, FIANDACA-MUSCO, op. ult. cit., p. 330.

la speranza della non verifica dell'evento antigiuridico sia stata decisiva nel determinare l'agente all'azione. Il cardine della distinzione tra i due titoli d'imputazione soggettiva viene insomma individuato in caratteristiche di natura eminentemente emotiva, individuate, a seconda delle diverse varianti terminologiche, nella fiducia, nella speranza, nell'auspicio, nell'indifferenza³²¹.

Ad avviso di altra tesi il dolo sussisterebbe quando alla previsione dell'evento come possibile si aggiunge una particolare presa di posizione dell'agente nei confronti dell'accadimento. Occorre che egli si sia assunto la responsabilità dell'accadimento, vi abbia aderito psicologicamente, abbia consentito alla sua verifica³²². Il dato caratterizzante del dolo eventuale viene individuato quindi in una particolare approvazione interiore della realizzazione dell'evento da parte dell'agente³²³. Nei casi in cui invece mancasse una siffatta adesione interiore e, per

³²¹ In tal senso CARRARA, *Programma*, loc. cit.; V. anche NICOSIA, *Contagio da H.I.V. tra marito e moglie, omicidio doloso*, commento a sentenza Trib. Cremona del 14 ottobre 1999, in *Foro it.* 2000, vol. II, pp. 348 e ss.; PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 366; MALINVERNI, *Gli stati affettivi nella nozione del dolo*, in *Arch. pen.* 1955, pp. 351 e ss.; ID., *Scopo e movente nel diritto penale*, 1955, p. 138.

³²² GALLO, op. ult. cit., p. 219; si veda anche LICCI, *Dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, p. 1505, il quale sottolinea come la teoria del consenso, pur formulata inizialmente dai volontaristi, sia stata poi ampiamente utilizzata da molti seguaci della teoria della rappresentazione, che appunto configurano il consenso nel quadro della sfera intellettuale. L'Autore sottolinea inoltre come particolarmente sensibile a tale nucleo tematico appaia il pensiero di ROXIN il quale, in particolare in *Zur abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster fahrlässigkeit*, in *Jus* 1964, p. 233, sembra ritenere che il comportamento dell'agente debba esprimere e documentare l'atteggiamento interiore di ostilità nei confronti dell'interesse tutelato. Per una riflessione simile G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. It. dir. proc. pen.* 1988, pp. 119 e ss., il quale, rilevato come dietro le formule dell'approvazione o del consenso si annidano in realtà dottrine spesso diverse tra loro, sottolinea come vi abbiano fatto ricorso tanto i fautori della teoria della volontà quanto quelli della teoria della rappresentazione. L'autore pone poi ulteriormente l'accento su come R. Von Frank, dopo aver ideato la così detta "prima formula", solitamente denominata del "consenso ipotetico", sia poi successivamente passato a postulare anche una "seconda formula", sostanzialmente fondata sull'indifferenza nei confronti dell'evento dimostrando, così, come le due teorie siano sostanzialmente coincidenti, ponendosi la prima in termini positivi e la seconda in termini negativi (v. più diffusamente *infra*).

³²³ Cfr. FIANDACA-MUSCO, op. ult. cit., p. 330. Si veda anche EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., p. 174, in relazione alla tesi di KÜPER, *Vorsatz und Risiko. Zur Monographie von Wolfgang Frisch*, in *GA* 1987, pp. 479 e ss., per il quale la condotta compiuta con dolo eventuale si connota per una preferenza orientativa dell'agente, che dà preminenza al suo interesse immediato e non al rischio percepito. Sempre EUSEBI, op. ult. cit., p. 178 descrive anche la tesi di VON HIPPEL, *Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum*, in AA.VV., *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, A.T., Band-Berlin 1908, p. 156, per il quale la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente risiederebbe nel fatto che nel primo l'agente valuterebbe il realizzarsi dell'evento illecito con maggior favore della rinuncia ai propri interessi.

contro, l'agente nutrisse una ferma speranza nella sua non verifica dovrebbe concludersi per l'esistenza di una colpa cosciente³²⁴.

Specularmente si sostiene che non si può parlare di dolo eventuale se l'agente ha rifiutato l'evento, avendo fiducia o sperando che esso non si sarebbe verificato, purché la speranza del non verificarsi dell'evento fu decisiva per la realizzazione dell'azione. Ove, invece, vi fossero i presupposti per sostenere che il soggetto avrebbe agito ugualmente, pur nella convinzione della necessaria produzione dell'evento, la speranza del non verificarsi di esso non ha alcuna importanza per la decisione ad agire ed il dolo eventuale risulta senz'altro integrato³²⁵.

I fautori delle teorie del consenso e dell'indifferenza a volte fanno riferimento anche alla cosiddetta prima formula di Frank, alla quale è in verità sottesa un'esigenza di accertamento più che di definizione concettuale del dolo. Secondo tale formula, infatti, la previsione dell'evento come possibile integra il dolo solo quando la previsione dello stesso evento come certo non avrebbe trattenuto l'agente dall'azione, ovvero non sarebbe stata un motivo contrastante adeguato a far desistere il soggetto. In tal modo la verifica della colpevolezza dolosa viene ancorata a considerazioni sintomatiche del suo atteggiamento nei riguardi dell'evento³²⁶.

La seconda formula di Frank è invece maggiormente incentrata su un'esigenza definitoria rispetto alla prima e si avvicina agli orientamenti che fondano il dolo

³²⁴ In tal senso ancora LICCI, op. loc. ult. cit., e G.A. DE FRANCESCO, op. ult. cit., p. 120. Si veda anche BATTAGLINI, *Volontà e rappresentazione nei delitti dolosi secondo il nuovo codice penale*, in Riv. pen. 1931 p. 94.

³²⁵ PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 332 e 333.

³²⁶ V. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 336-337 e GALLO, op. ult. cit., p. 219.

La prima formula di Frank è stata recentemente rivalutata da EUSEBI, op. ult. cit., pp. 176-177, sebbene nell'ambito di un'impostazione che identifica l'essenza del dolo con l'intenzione, ovvero con la considerazione della prospettiva della produzione dell'evento previsto come conseguenza della condotta quale causa psichica della determinazione ad agire. Si sostiene così che la possibilità di assimilare la condotta posta in essere senza la certezza del verificarsi dell'evento e senza che quest'ultimo rappresentasse l'obiettivo - causa psichica dell'azione sussiste soltanto ove si possa affermare che l'agente avrebbe agito *-ceteris paribus-* anche se fosse stato certo di produrre il risultato. In sostanza il dolo eventuale consisterebbe in un determinato stato mentale del soggetto agente, disposto ad agire anche di fronte ad un mutamento dei fattori rilevanti per la decisione, quale il passaggio dalla possibilità alla certezza del verificarsi dell'evento. Il tema sarà approfondito maggiormente *infra*, nel capitolo dedicato all'esame più analitico delle teorie sul dolo eventuale.

eventuale sull'indifferenza dell'agente nei confronti dell'evento e sul consenso alla sua verifica. Il rimprovero di colpevolezza colpisce l'agente solo se si rappresenta l'evento come sicuro, o se l'evento era indifferente per la formazione del suo volere, là dove previsto come probabile o possibile. In altre parole, l'agente si pone nei riguardi delle conseguenze della sua condotta con l'atteggiamento di chi dice a se stesso "avvenga quel che avvenga, io agisco in ogni caso"³²⁷.

In altra prospettiva, premesso che l'agire con la previsione della possibilità dell'offesa non presa direttamente di mira dal soggetto è situazione comune al dolo eventuale ed alla colpa cosciente, l'atteggiamento doloso viene ravvisato nella decisione del soggetto di agire anche a costo di realizzare i possibili effetti della condotta. Il dolo eventuale si caratterizzerebbe per la considerazione dell'offesa possibile quale costo dell'azione preventivato e messo in conto, in quanto tale rientrando nel fuoco della decisione del soggetto. Egli, agendo nel dubbio anche a costo di realizzare l'evento, versa in dolo ove prenda in considerazione l'offesa e decida per il suo possibile verificarsi³²⁸.

Un altro autore³²⁹ incentra la distinzione tra il dolo eventuale e la colpa cosciente e, quindi, la componente volontaristica che caratterizza il primo nell'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento previsto come possibile o probabile effetto della condotta. L'accettazione del rischio, infatti, sarebbe una caratteristica costante delle forme di dolo, essendo riscontrabile anche nel dolo diretto. La persona che si determina ad una certa condotta, pur prevedendo il verificarsi di un effetto vietato dall'ordinamento, dimostra di preferire alla rinuncia all'azione l'evento ad essa conseguente, così accollandosene la responsabilità quasi allo stesso modo che se l'avesse cagionato intenzionalmente. In questi casi la l'assimilazione del dolo

³²⁷ V. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 336-337. Un richiamo alle formule di Frank viene fatto anche da VANNINI, op. ult. cit., p. 43, il quale le considera un valido strumento per accertare il dolo eventuale. Quest'ultimo viene ravvisato nell'aver agito, avendo previsto l'evento come probabile o possibile, anche a costo di cagionarlo. Colui che invece ha previsto l'evento come probabile o possibile, ma ha agito nella speranza ed a seguito della speranza del non verificarsi di esso risponderà a titolo di colpa.

³²⁸ PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 285-289.

³²⁹ GALLO, op. ult. cit., pp. 214 e ss.

diretto al dolo intenzionale è fondata sulla constatazione che chi vuole un certo risultato vuole anche le conseguenze ad esso inevitabilmente connesse³³⁰. In questa accezione “volere” sta per “è giusto che sia trattato come se avesse realmente voluto le conseguenze inevitabilmente connesse con il risultato preso di mira”³³¹. Ebbene, lo stesso atteggiamento di accettazione del rischio viene rinvenuto nelle ipotesi in cui il soggetto agisce prevedendo il risultato della sua condotta come effetto possibile o probabile. Se malgrado la previsione la persona si determina all’azione, vuol dire che ha accettato il rischio del verificarsi dell’evento. Infatti, qualora avesse voluto sottrarsi al rischio e non avesse acconsentito al verificarsi dell’evento si sarebbe astenuta dall’agire. Fin quando l’agente non supera lo stato di dubbio indotto dalla previsione dell’evento il rimprovero che gli viene mosso non è l’aver agito con imprudenza o negligenza, bensì quello di essersi volontariamente determinato ad una condotta senza essere convinto del fatto che l’evento non si sarebbe prodotto. La nota caratterizzante della colpa con previsione viene quindi rinvenuta nella certezza negativa, ovvero nella convinzione (ancorché erronea) che l’evento nel caso concreto non si produrrà³³².

³³⁰ V. GALLO, op. ult. cit., p. 215.

³³¹ GALLO, op. loc. ult. cit.

³³² GALLO, op. ult. cit., pp. 220-222. Si veda anche PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 358 e ss.

Un’impostazione simile la si trovava già in B. ALIMENA, *Principi di diritto penale*, 1910, p. 295 e F. ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, 1947, pp. 127 e ss., per i quali, quando l’agente, pur avendo previsto che l’evento può verificarsi, si forma la convinzione, attraverso un giudizio errato, che l’evento, in quel determinato e particolare caso, non si verificherà, si ha colpa cosciente. Mentre nel dolo eventuale vi è dubbio, nella colpa cosciente vi è errore; quest’ultimo consiste appunto nel ritenere che, pur essendo genericamente possibile l’evento, in quel caso particolare non si verificherà. Ove invece vi sia rappresentazione dell’evento e la volontà non rifugge da esso, l’atteggiamento dell’agente è quello tipico del dolo eventuale.

La prospettiva è stata poi sostenuta anche da altri autori. EUSEBI, op. ult. cit., p. 81 sottolinea infatti che per SCHMIDHÄUSER (*Strafrechtlicher, Voratzbegriff und Alltagssprachgebrauch*, in *Festschrift für Oehler*, Köln-Berlin-Bonn-München 1985, p. 159 e ss.) il dolo, avendo in comune con la colpa il profilo della decisione di agire, si differenzerebbe da quest’ultima per il profilo rappresentativo, caratterizzato dall’incerta consapevolezza del fatto; laddove nella colpa con previsione, sebbene l’agente si sia rappresentato la possibilità di verifica del risultato incerto, nel momento decisivo del suo agire ha negato in concreto tale prospettiva nella sua coscienza.

Lo stesso autore (op. ult. cit., pp. 84 e ss.) evidenzia che anche FRISCH, *Voratz und Risiko*, Köln-Berlin-Bonn-München 1983, p. 192 e ss. si colloca in una prospettiva simile, sebbene maggiormente incline a valorizzare i profili oggettivi dell’agire con dolo eventuale rispetto a quelli caratterizzanti la colpa con previsione, quantomeno per esigenze di prova del nesso di imputazione, se non di definizione concettuale dello stesso. L’essenza del dolo, anche eventuale, viene individuata nella decisione per una condotta contrastante con i criteri comportamentali indicati dall’ordinamento, ravvisabile ogni volta che il soggetto si

Non tutti ritengono però sufficiente la certezza negativa per escludere il dolo eventuale. Secondo un'impostazione che, in verità, parte probabilmente da un'esigenza probatoria, facendo derivare dal suo soddisfacimento il *discrimen* tra dolo eventuale e colpa cosciente, l'atteggiamento tipico dell'agire doloso viene rinvenuto nell'agire sul presupposto della previsione dell'evento come possibile conseguenza della condotta senza l'adozione di alcun accorgimento teso ad evitarlo. Insomma, il dolo si caratterizzerebbe per una componente positiva (l'agire avendo previsto l'evento come possibile conseguenza della condotta) e per una componente negativa, basata sul mancato adoperarsi per scongiurare il verificarsi dell'evento. Soltanto in presenza dell'attivazione di fattori impeditivi, infatti, potrebbe ritenersi razionalmente fondata la convinzione che la condotta non determinerà la produzione dell'evento³³³. Quando invece il soggetto riconosce che il verificarsi

determina ad agire nell'incertezza personale sulle conseguenze della condotta, muovendo dalla realistica possibilità di realizzazione del risultato. La decisione contro il bene giuridico non è ravvisabile nella colpa con previsione, ove la condotta è posta in essere senza avvertire la concreta sussistenza del rischio, ovvero negandola, non prestandovi attenzione o agendo nella fiducia di un esito favorevole. In tal modo non vi sarebbe più alcun bisogno della ricerca di ulteriori profili volitivi nell'ambito del dolo, dato che la loro funzione è espressa in maniera compiuta dall'agire malgrado la consapevolezza del rischio connesso alla condotta.

Ancora (sempre EUSEBI, op. ult. cit., p. 173, in relazione alla teoria di BRAMMSEN, *Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes – Neue Wege in der Vorsatzdogmatik?*, in JZ 1989, pp. 71 e ss.), si sottolinea che l'aspetto volitivo del dolo eventuale si identificherebbe con l'agire nella consapevolezza di un pericolo concreto per il bene in gioco, cioè nella consapevolezza di non poter dominare il corso degli eventi. Anche questo è un criterio interamente fondato sulle caratteristiche della rappresentazione, per dedurne il momento volitivo rispetto all'evento in presenza di una condotta posta in essere volontariamente.

Un affinamento di queste impostazioni lo si trova in G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., pp. 113 e ss., il quale, per l'individuazione delle caratteristiche del dolo eventuale, parte dalla definizione della colpa con previsione. Ad avviso dell'autore quest'ultima si caratterizza per la rappresentazione della pericolosità della condotta. Tuttavia il reo si determina all'azione in quanto si è prefigurato l'esistenza o la sopravvenienza di fattori impeditivi del prodursi dell'evento, che invece si verifica. In sostanza nell'azione colposa vi sarebbe un errore sul nesso causale che collega l'evento alla condotta (p. 144, ove si evidenzia anche che l'affermazione non è del tutto nuova, in quanto un cenno significativo si può trovare, nella dottrina italiana, in BETTIOL, *Diritto penale*, parte gen., 11^a ed., Padova 1982, 473, il quale parla di "errore di calcolo sul nesso causale tra l'azione e l'evento"). L'atteggiamento psichico del soggetto agente nei confronti dei fattori che dovrebbero impedire il verificarsi dell'evento segna la linea di confine tra colpa con previsione e dolo eventuale. Se il soggetto, sia pur errando, si rappresenta l'immanenza e l'efficacia del fattore impeditivo dell'evento lesivo preveduto, si avrà, quando questo si verifichi e proprio in forza dell'errore di valutazione, delitto colposo aggravato ex art. 61, n° 3 c.p. Se, invece, il soggetto esclude o non si rappresenta la presenza di fattori impeditivi e, nonostante la previsione del possibile verificarsi dell'evento, si determina all'azione nella persistente incertezza delle conseguenze della sua condotta si ha, quando l'evento si verifichi, delitto doloso nella specie del dolo eventuale.

Le varie teorie sul dolo eventuale saranno oggetto di maggior approfondimento *infra*, nel capitolo specificamente dedicato alla relativa analisi.

³³³ V. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 338 e 339.

dell'evento possibile dipende da circostanze che si sottraggono alla sua influenza e che esso può essere evitato con certezza soltanto astenendosi dal compimento dell'azione e, tuttavia, agisce realizzando l'evento, è del tutto irrilevante che egli non lo desiderasse. Ove sia stata messa in opera una causa caratterizzata da un'elevata potenzialità lesiva e non dipende più dalla volontà dell'agente poterne evitare le probabili conseguenze, l'evento verificatosi deve ritenersi voluto³³⁴.

Altre teorie, elevando tecniche dell'accertamento del coefficiente volitivo a caratteristiche strutturali dell'imputazione dolosa³³⁵, individuano il *discrimen* tra dolo eventuale e colpa cosciente e, quindi, l'essenza del primo nella tipologia di rischio attivato con la condotta dolosa e nelle modalità in cui esso viene realizzato³³⁶. Questa strada è percorsa soprattutto dagli autori inclini a ritenere che la volontà possa riferirsi soltanto alla condotta e che le conseguenze della stessa possano essere oggetto soltanto di previsione. Il marcatore del dolo eventuale sarebbe quindi costituito dalle particolari caratteristiche della previsione della possibilità dell'evento³³⁷ quale effetto della condotta; esse sono a loro volta legate a quelle della tipologia di rischio attivato.

³³⁴ PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 341.

³³⁵ V. EUSEBI, op. ult. cit., pp. 27 e ss.; 50 e ss.; 70-71; 134 e ss.; ID., *In tema di accertamento del dolo, confusioni tra dolo e colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1987, pp. 1063 e ss. Cfr. sul tema anche PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 204-205. L'esistenza di momenti volitivi impliciti anche in impostazioni fondate sul rischio è sottolineata da DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 349; DE SIMONE, *L'elemento soggettivo del reato: il dolo*, in Bricola-Zagrebelsky, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino 1996, pp. 29-52.

³³⁶ Cfr. EUSEBI, op. ult. cit., p. 64. Si veda anche CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano 1999, pp. 10 e ss, 55 e ss. A ben vedere non possono essere invece ricondotte a questa tendenza dottrinale le tesi che individuano nel dolo e nella colpa un requisito minimo oggettivo comune, rappresentato dalla necessità che le condotte dolose si caratterizzino per una pericolosità statistica non inferiore a quella sufficiente per un'incriminazione a titolo di colpa (si vedano DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 350; ID., *Teoria del reato*, cit., p. 328; MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'imputazione oggettiva dell'evento o trasfigurazione della colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1991, pp. 3 e ss.). Si tratta di orientamenti formulati anzitutto per sostenere la inerenza dei profili di imputazione soggettiva alla tipicità del fatto, prima che alla colpevolezza. Tuttavia, sottolineando che c'è una componente comune al dolo ed alla colpa, queste impostazioni finiscono per consegnare il *discrimen* tra i due coefficienti di imputazione al solo momento volitivo interiore dell'agente, senza puntare sull'individuazione di un parametro oggettivo che consenta di distinguerli già in forza di differenze esteriori tra condotta dolosa e condotta colposa. Cfr. CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 14-15.

³³⁷ L'origine delle teorie che individuano l'essenza del dolo eventuale in particolari caratteristiche del rischio attivato viene infatti rinvenuta nell'indirizzo per il quale la differenza tra dolo e colpa andrebbe ravvisata nel grado di probabilità assegnato dal soggetto agente al possibile realizzarsi dell'evento, così distinguendo nell'ambito della rappresentazione diversi livelli di intensità. Il criterio decisivo per il dolo viene ritenuto il

La studiosa tedesca Ingeborg Puppe sostiene infatti che la differenza tra dolo eventuale e colpa cosciente, presupposta in entrambi i criteri di imputazione la rappresentazione del pericolo del verificarsi di un evento quale conseguenza della condotta, possa essere colta rispondendo all'interrogativo se il comportamento dell'agente, valutato come quello di un individuo razionale, esprima (al di là di rimozioni soggettive o speranze) l'accettazione del rischio e della lesione. In sostanza, occorrerebbe verificare se il pericolo attivato con la condotta risulti di tale qualità e quantità che un uomo ragionevole l'avrebbe corso soltanto se d'accordo con la realizzazione dell'evento. All'uopo la valutazione non deve concentrarsi esclusivamente sui profili quantitativi concernenti il grado di probabilità del verificarsi dell'evento, ma anche su quelli qualitativi, quali l'evidenza del pericolo, la verosimiglianza della sua concretizzazione, la maggiore o minore vicinanza od incombenza del rischio; inoltre, deve essere operata alla luce di tutte le circostanze del caso concreto e non del solo dei fattori di rischio generati dal comportamento del reo³³⁸.

Anche un altro studioso tedesco, Herzberg, ancora il confine tra il dolo e la colpa nella fattispecie oggettiva dell'illecito, cioè nel tipo di pericolo di cui un determinato soggetto abbia consapevolezza nel momento in cui agisce. La sussistenza del dolo non dipenderebbe dal fatto che l'agente non ha preso sul serio un rischio, ma dalla consapevolezza di agire in presenza di un rischio da prendere sul serio. Questa circostanza si verificherebbe ogni volta che l'autore della condotta, ad una riflessione razionale, non possa fondatamente contare sul fatto che, durante o

grado di probabilità con cui l'agente si rappresenta il verificarsi dell'evento. Il fondamento del dolo risiederebbe invece nella mancata desistenza dall'azione, nel non aver posto a contro motivo dell'agire la rappresentazione della probabilità.

L'intensità della rappresentazione non è tuttavia l'essenza del dolo eventuale. Essa viene pur sempre rinvenuta in un atteggiamento soggettivo, una disposizione colpevole che ha trovato espressione nella violazione del diritto. Il grado di probabilità del verificarsi dell'evento non è però irrilevante ai fini della formazione della volontà. Infatti, nell'agire in uno stato di dubbio, quanto più è elevata la probabilità con la quale l'agente considera il verificarsi dell'evento, tanto più grande è la scarsa valutazione dei beni giuridici che si manifesta nel suo fatto. Il grado di probabilità oggetto di rappresentazione è insomma ancora considerato un dato sintomatico di un coefficiente interiore, sebbene oggettivizzatosi nel fatto. V. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 206 e ss. Cfr. anche EUSEBI, op. ult. cit., pp. 76 e ss.

³³⁸ V. EUSEBI, op. ult. cit., pp. 68-69 e 74 e CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 119 e 120, in relazione a PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg 1992.

dopo la sua condotta, una prestazione propria o altrui possa essere in grado di dominare il pericolo attivato³³⁹. Quel che rileverebbe, in sostanza, non è l'entità del pericolo in sé considerata, bensì la sua qualità, espressa dalla sussistenza o meno di fattori "schermanti".

La prospettiva è soltanto apparentemente diversa rispetto a quella delineata da Ingeborg Puppe. Quest'ultima incentra la valutazione sulle caratteristiche intrinseche del rischio, mentre Herzberg dà rilievo ad un fattore che si contrappone al rischio. La valutazione delle caratteristiche del rischio, tuttavia, a ben vedere va effettuata tenendo conto di tutti i fattori che agiscono sul rischio stesso, considerato nel suo complesso³⁴⁰. Piuttosto il dato differenziale va individuato nel fatto che mentre la Puppe individua l'essenza del dolo nel tipo di rischio in sé considerato, Herzberg non intende porre un criterio realmente innovativo rispetto a quello tradizionale, che incentra la caratteristica del dolo eventuale sulla decisione di agire nella consapevolezza della serietà del rischio. Egli opera soltanto una differente collocazione di tale criterio, abbandonando la diretta osservazione dello stato interiore dell'agente in favore della valorizzazione delle caratteristiche esteriori, degli indicatori di esso, tra i quali il requisito della schermatura mancante. In sostanza dà vita ad una teoria volontaristica oggettivizzata³⁴¹.

Prendendo spunto dagli orientamenti oggettivistici, in una prospettiva sintetica si sostiene che il dolo eventuale costituirebbe una nozione complessa, risultante da una valutazione combinata delle caratteristiche oggettive della condotta e del profilo volitivo interiore. Le prime avrebbero la funzione di compensare la minore intensità della componente volitiva nel dolo eventuale ed, al tempo stesso, di selezionare una qualità di rischi (da valutare *ex ante* ed in concreto in relazione al comportamento storico) che oltrepassi l'area della pericolosità tipica della condotta colposa. Il dolo

³³⁹ V. EUSEBI, op. ult. cit., pp. 71 e ss. e CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 62 e ss., in relazione a HERZBERG, *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung von bewusst fahrlässigen Verhalten*, in JZ 1988; ID., *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußt fahrlässigkeit – ein problem des objektiven Tatbestandes*, in Jus, 1986.

³⁴⁰ V. EUSEBI, op. ult. cit., p. 74.

³⁴¹ V. CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 62 e 63, 118.

eventuale si articolerebbe quindi su tre livelli: il pericolo situazionale di produzione dell'offesa, la rappresentazione di detto pericolo da parte dell'agente, la decisione personale a favore della possibile lesione del bene giuridico. I tratti differenziali di dolo e colpa non andrebbero ravvisati unicamente nel versante interiore, ma anche nella particolare dimensione del rischio, che dovrebbe rappresentare il presupposto per l'applicazione della figura³⁴².

Il piedistallo normativo della categoria del dolo eventuale viene definito come un rischio non consentito rispetto al quale non è individuabile una figura di agente in grado di prendere seriamente in considerazione la sua assunzione senza esprimere nella decisione di agire malgrado ciò la volontà dell'offesa. Il tipo di rischio si differenzia da quello colposo in quanto mentre il profilo oggettivo della colpa viene enucleato assumendo quale parametro un ipotetico agente modello, nella determinazione della struttura oggettiva dell'illecito doloso l'osservatore ideale deve calarsi nella dimensione concreta di chi agisce, acquisendo tutte le cognizioni nomologiche ed ontologiche del reo e considerando le sue reali capacità psico-fisiche. In sostanza, mentre la valutazione della colpa è caratterizzata da impersonalità, quella funzionale all'accertamento di un pericolo doloso è personalizzata, alla stessa stregua di quel che accade nella verifica dell'idoneità degli atti nel tentativo. Questa base normativa, reputata necessaria ma non sufficiente, valorizza l'autonomia ed il significato degli altri livelli: quello cognitivo, che implica una rappresentazione effettiva del possibile esito lesivo; e quello volitivo, ove alcuni indicatori (quali ad esempio il comportamento attuato per evitare il risultato lesivo, o la particolare vicinanza emotiva tra reo e vittima) possono comunque portare ad escludere una decisione personale in favore della lesione del bene giuridico e, quindi, a negare la sussistenza dei presupposti per muovere un rimprovero doloso³⁴³.

³⁴² V. CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 20 e 21.

³⁴³ CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 174-202.

5. La trasfigurazione dell'imputazione dell'evento nel rapporto tra il reo ed il precetto

Dalla ricostruzione delle varie modalità in cui si ritiene possa manifestarsi il dolo si evince che l'aspetto ad esse comune è rappresentato dalla combinazione tra rappresentazione e volontà. Cionondimeno tutti gli autori intuiscono che c'è una notevole differenza tra dolo diretto e dolo eventuale in relazione al modo di essere della volontà e questa diversità a ben vedere è legata al diverso modo di essere del profilo della rappresentazione.

La descrizione del dolo diretto è quella più pura e lineare rispetto alla definizione normativa. Essa è basata sulla sola combinazione tra rappresentazione delle conseguenze e volontà della condotta. La certezza previsionale conferisce un significato inequivoco alla decisione del soggetto di porre in essere una data azione. Sia sul piano del comune significato di volontà che su quello della configurazione normativa del nesso di imputazione non c'è dubbio che in tale modalità comportamentale si annidi una evidente signoria sul divenire causale ed una volontà orientata alla produzione dell'evento.

Non si avverte pertanto l'esigenza di richiamare coefficienti ulteriori rispetto alla combinazione dei due requisiti strutturali, attingendo all'interiorità psichica del soggetto o a concetti che trasfigurano la relazione tra lui e l'evento in quella tra lui e la norma intesa come precetto comportamentale. La struttura del dolo è puramente descrittiva del nesso intercorrente tra l'agente ed il mondo esterno e ripropone una modalità comportamentale percepibile come caratterizzata dalla più intensa forma di intervento dell'essere umano nei meccanismi di determinazione di modifiche nella realtà fenomenica.

La situazione è molto diversa nelle ipotesi in cui la rappresentazione delle conseguenze avviene in termini di probabilità o possibilità delle stesse. Come si è visto ciò si verifica sempre nel caso del dolo eventuale e può verificarsi nel caso del dolo intenzionale. Si è detto, infatti, che quest'ultimo viene ritenuto configurabile anche ove l'agente non avesse certezza del verificarsi dell'evento perseguito come finalità della propria condotta.

In queste ipotesi la volontà dell'azione sul presupposto della rappresentazione delle conseguenze come soltanto possibili o probabili non è ritenuta sufficiente a fondare l'imputazione dolosa. L'agente pone in essere la condotta non risolvendo l'alternativa tra il verificarsi o meno della realtà. Ciò può essere dovuto all'inesistenza di un rapporto di derivazione necessaria tra condotta ed evento, sicché l'attivazione del fattore causale determina soltanto un rischio statistico non elevato del prodursi di un certo effetto. Oppure può dipendere da un'errata valutazione della decisività dei fattori attivati con la propria condotta nella causazione di certe conseguenze. In sostanza il soggetto percepisce la pericolosità della propria condotta ed è consapevole dell'aumento del rischio ad essa connesso; non è tuttavia in grado di sapere se quel rischio opererà nel caso concreto. Senza il riferimento ad un ulteriore momento psichico dell'agente, al di là di quello intellettuale, non si riesce a pervenire ad una solida determinazione del concetto di dolo³⁴⁴. Anche la colpa con previsione, infatti, è caratterizzata dal dato psicologico del possibile evento anti-giuridico³⁴⁵.

Nel dolo intenzionale questa componente aggiuntiva viene individuata, come ampiamente ricordato *supra*, nel rapporto tra l'intimità psichica dell'agente e l'evento. Quel che difetta sul piano della manifestazione della capacità di dominio del soggetto sui decorsi causali viene recuperato attingendo alle motivazioni dell'agire ed all'importanza assunta dalla prospettiva di produrre l'evento nella determinazione a porre in essere una condotta capace di produrlo. Tuttavia, dal punto di vista della signoria sul fatto, il dolo intenzionale basato sulla rappresentazione della possibilità di causare l'evento non differisce in nulla dall'agire con colpa cosciente. Il soggetto, infatti, pone in essere una determinata condotta percependone l'adeguatezza a produrre certi effetti; ma non sa se questi effetti si produrranno davvero. Egli è consapevole soltanto del fatto che sta creando un pericolo più o meno elevato di verificazione dell'evento avuto di mira. Difetta

³⁴⁴ Si veda PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 132-133, sebbene in una prospettiva tesa alla critica delle teorie sul dolo basate sull'idea che la sua struttura sarebbe incentrata interamente ed esclusivamente sulla rappresentazione dell'evento, potendo la volontà attingere soltanto la condotta.

³⁴⁵ V. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 195.

però quella componente di intensa signoria sul decorso degli accadimenti che è invece possibile apprezzare nel caso in cui il soggetto abbia certezza delle conseguenze della condotta, si svolga o meno il processo causale esattamente nei termini preventivati.

La relazione tra il soggetto che agisce con dolo eventuale e l'evento è analoga. Anch'egli non ha piena coscienza del significato della sua condotta. Anche nel suo comportamento non è ravvisabile la nota modale caratteristica del dolo diretto, cioè la consapevolezza della piena signoria sul divenire causale. Avendo riguardo al rapporto tra la rappresentazione e la volontà della condotta, l'evento non può dirsi autenticamente voluto. Nell'ipotesi della realtà che tale forma di dolo esprime c'è la volontà del pericolo realizzato con la condotta, un pericolo doloso. Si riscontra la intenzionale violazione di un divieto di azione pericolosa, la cui punizione è tuttavia subordinata al verificarsi dell'evento lambito dalla previsione del soggetto come un possibile effetto. Sul piano della fenomenologia comportamentale non c'è un'ontologica diversità rispetto al reato commesso agendo con colpa aggravata dalla previsione³⁴⁶.

Anche nel dolo eventuale, quindi, l'aspetto puramente descrittivo della modalità di azione (agire malgrado ciò) viene correttamente reputato insufficiente ad esprimere la volontà dell'evento, dato che questa non è rilevabile nella signoria assoluta sulle modificazioni della realtà prodotte dalla condotta, insussistente nella prospettiva dell'agente. Di qui la ricerca di coefficienti ulteriori. Alcuni di essi, come si è visto, si collocano sul piano dell'intimità psichica del soggetto, alla stessa stregua di quel che accade nel dolo intenzionale. Altri fanno leva sulle caratteristiche del rischio attivato con la condotta dolosa e sulle modalità in cui esso viene posto in essere, identificando in questi elementi i marcatori oggettivi del dolo eventuale, come elementi di esso o come prova dell'atteggiamento psichico del soggetto nei confronti della prospettiva dell'evento.

³⁴⁶ Cfr. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 228 e ss., 512 e ss.; MANZINI, op. ult. cit., p. 652; VANNINI, op. cit., pp. 34 e ss.

In realtà il dolo eventuale e, più in generale, l'azione compiuta nell'incertezza del verificarsi dell'evento non ha nulla a che vedere con la volontà³⁴⁷. Solo nei reati commessi con dolo diretto è riscontrabile un'azione dolosa nel senso autentico del termine, nella quale è cioè ravvisabile un nesso eziologico e funzionale tra l'impulso di volontà e l'evento³⁴⁸. La battaglia per il dolo eventuale si combatte sul piano emozionale o sul piano dell'atteggiamento del soggetto nei confronti dell'offesa; oppure, ancora, sul piano del rapporto tra l'agente e la pericolosità del suo agire, ma non sul piano dell'imputazione correttamente intesa quale modalità di realizzazione del fatto in considerazione del livello di signoria sull'accaduto³⁴⁹. In sostanza è come riconoscere che l'elaborazione del dolo eventuale risponde a logiche di prevenzione o di retribuzione, od anche di diritto penale d'autore, piuttosto che al soddisfacimento della descrizione del tipo doloso di azione così come delineato nell'art. 43 c.p.

L'influsso della teoria delle norme è evidente proprio nelle formule definitorie del dolo eventuale e del dolo intenzionale, caratterizzati da un più tenue legame previsionale con l'evento.

Si è visto che la caratteristica di detta teoria norme sul piano della costruzione dell'illecito è la tendenza a ritenere che nella fattispecie convivano una norma di valutazione ed una norma di determinazione e che soltanto quest'ultima costituisca l'oggetto del coefficiente di imputazione soggettiva. Nelle formulazioni estreme si giunge a sostenere che l'evento è semplice condizione obiettiva di punibilità della condotta delineata dalla norma di determinazione.

La combinazione tra questa impostazione e l'idea per la quale il dolo costituirebbe forma di colpevolezza e non (o non solo) di imputazione comporta che valutazioni inerenti alla meritevolezza di pena (dolosa) penetrino nella ricostruzione della struttura del dolo. L'oggetto della volontà colpevole viene individuato nella mera risoluzione criminosa o nell'azione con le sue componenti oggettive e

³⁴⁷ MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova 1989, p. 31.

³⁴⁸ V. MORSELLI, op. ult. cit., p. 42.

³⁴⁹ V. per spunti MORSELLI, op. ult. cit., pp. 25-67 e ss.

soggettive, mentre l'evento rappresenta una semplice occasione rivelatrice del bisogno della pena prevista per il reato doloso, in quanto preso in qualche modo in conto dall'agente. La volontà dell'evento, sulla quale è inequivocabilmente incentrata la formulazione dell'art. 43 c.p., viene ricostruita in chiave normativa o presuntiva.

Questa ricostruzione della struttura dell'illecito, depauperata della necessità di un autentico rapporto tra condotta volontaria ed evento/conseguenza, si presta ad essere utilizzata nell'ambito di un diritto penale della colpevolezza, o nell'ambito di un diritto penale della pericolosità. Ovvero apre la costruzione del coefficiente di imputazione ad influssi teleologici eccentrici rispetto alla funzione di elemento definitorio di una modalità di azione inteso nel senso autentico del concetto.

Per quel che concerne il primo modello, la colpevolezza può essere concepita soltanto come giudizio relativo alla motivazione dell'autore espressa nel momento della determinazione di agire. Dato che la verifica dell'evento attiene ad un momento successivo, essa non partecipa del giudizio di colpevolezza, ma opera soltanto come criterio di determinazione dell'*an* e del *quantum* della sanzione. Oggetto del giudizio di colpevolezza non è una parte dell'illecito, bensì l'illecito inteso nell'unico senso in cui può rilevare ai fini del "rimprovero" dell'ordinamento, in quanto il significato di valore che interessa per fondare la sanzione è soltanto quello espresso dalla contrapposizione tra il comportamento e la pretesa normativa, tanto nella prospettiva della funzione retributiva che in quella della funzione di prevenzione generale della pena.

La svalutazione del ruolo dell'evento quale oggetto del volere si rivela funzionale anche ad un modello punitivo incentrato sulla pericolosità dell'agente, desunta dalle caratteristiche oggettive dell'azione o dalla sconsideratezza dimostrata nel correre il rischio di produrre l'evento. Rispetto al giudizio prognostico sulla possibile reiterazione di condotte pericolose, ove messo a fondamento della risposta sanzionatoria, è infatti del tutto irrilevante una circostanza esterna quale il

verificarsi o meno dell'evento. L'unico dato che interessa è rappresentato dalla carica di disvalore dell'azione³⁵⁰.

Nella definizione e nell'accertamento del dolo eventuale, così come del dolo intenzionale in caso di previsione dell'evento come possibile, gli elementi espressivi dell'essenza del dolo non sono più la realizzazione del volere e la signoria sul decorso degli accadimenti, bensì la fase della formazione del volere e l'atteggiamento del soggetto nei confronti delle pretese comportamentali dell'ordinamento.

Formule quali l'indifferenza dell'agente verso il diritto e la mancanza di adeguata valorizzazione della possibilità di causare l'evento nel processo formativo della decisione di agire; il consenso alla verifica dell'evento; l'approvazione interiore di esso; la decisione di porsi in contrasto con le norme, agendo anche a costo di realizzare i possibili effetti della condotta; l'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento evocano il rapporto tra l'agente ed il precetto, dato che esaltano il peso che ha assunto la prospettiva dell'evento nella sua determinazione ad agire, piuttosto che l'aspetto attinente alla descrizione del nesso psichico tra la condotta ed i suoi effetti³⁵¹.

Nelle formule di Frank, invece, la ricerca della volontà ipotetica è inevitabilmente basata sull'esame del carattere del reo. Il giudice viene chiamato a valutare non il fatto, ma l'autore di esso, ovvero il suo modo di essere nei riguardi delle pretese dell'ordinamento. Dinanzi a scelte d'azione basate sul presupposto della previsione del possibile verificarsi dell'evento, infatti, accertare cosa avrebbe

³⁵⁰ Sulla tendenza a sminuire il ruolo dell'evento nella costruzione dell'illecito, incentrandone la struttura sulla violazione della pretesa comportamentale rivolta dall'ordinamento ai consociati v. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, cit., pp. 99 e ss. e DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., pp. 239 e ss.

³⁵¹ Non si collocano in una differente prospettiva le teorie che fondano la distinzione tra dolo eventuale e colpa con previsione sulla operosa volontà di operare e, quindi, sulla schermatura del rischio da parte dell'agente, mediante la predisposizione di accorgimenti reputati idonei a scongiurare il verificarsi dell'evento. Anche in questa ottica, infatti, è la volontà di realizzazione a rappresentare il *discrimen* tra dolo e colpa, sicché l'essenza dei due criteri di imputazione viene pur sempre radicata nell'atteggiamento interiore del soggetto nei confronti del pericolo attivato con la condotta. La rilevanza attribuita alla operosa volontà di evitare conduce soltanto all'oggettivizzazione di quell'aspetto interiore, individuando il marcatore la cui mancanza nel mondo fenomenico rappresenterebbe estrinsecazione dell'atteggiamento interiore tipico dell'azione dolosa, altrimenti difficilmente percepibile. Si veda HASSEMER, op. ult. cit., p. 482.

fatto l'agente se avesse avuto la certezza del prodursi dell'evento è possibile soltanto con un giudizio sul grado di indifferenza e spregiudicatezza del soggetto, ovvero basando l'accertamento su sue note caratteriali³⁵².

Non è un caso che, nell'aspirazione tipica del tecnicismo giuridico di giungere alla definizione di un concetto generale di dolo³⁵³ al quale poter ricondurre tutte le forme di manifestazione di esso, non ci si interroghi su cosa sia la volontà dell'evento, analizzandone la struttura, ma si vada alla ricerca del significato che essa riveste ai fini della colpevolezza. Partendo dal caso indubbio, si individua il marcatore nel quale trova espressione la manifestazione di colpevolezza e si attribuiscono al campo del dolo tutti quegli atteggiamenti nei quali è ravvisabile lo stesso contenuto di colpevolezza. Sulla base di quest'ultimo viene delineato il profilo volontaristico del dolo eventuale³⁵⁴.

³⁵² V. MORSELLI, op. ult. cit., p. 113. Questa prospettiva emerge molto chiaramente nella rivalutazione della prima formula di Frank operata da EUSEBI, *Il dolo*, cit., pp. 180-183. L'autore osserva infatti che il giudizio controfattuale su cui si fonda l'accertamento di quel particolare atteggiamento di incondizionatezza dell'agire caratterizzante il dolo eventuale va operato, alla stessa stregua di quel che accade nell'accertamento della causalità, mediante il ricorso a massime di esperienza. Quelle utili allo scopo sono fondate sull'assunto secondo cui, nelle medesime condizioni, gli uomini ("di un certo tipo") si comportano ordinariamente allo stesso modo. Si tratta dunque di individuare massime le quali ricolleghino ai dati situazionali e personali che hanno accompagnato la condotta dell'agente l'insufficienza del fattore rappresentato dalla certezza di produrre l'illecito a controbilanciare la ragione per agire costituita dalla prospettiva che nel caso concreto ha dato causa alla condotta.

³⁵³ MORSELLI, op. ult. cit., p. 71.

³⁵⁴ Intuisce il problema metodologico di fondo e l'impostazione ad essa sotteso PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 192 e ss., anche se, in realtà, non affrancandosi dall'idea che il dolo costituisca forma di manifestazione della colpevolezza e non tipo di azione, nella elaborazione del coefficiente psichico conserva quale referente teleologico lo scopo della pena ed individua il tratto comune alle forme del dolo la decisione per l'offesa. V. più diffusamente *infra*.

Questo indirizzo metodologico è particolarmente evidente in HASSEMER, op. ult. cit., pp. 487 e ss. Ad avviso dell'autore l'incriminazione accentuata dell'agire doloso rispetto a quello colposo trova giustificazione nella negazione della norma che prescrive di rispettare il bene giuridico. Un diritto penale fondato sui principi di protezione dei beni giuridici e di orientamento dell'autore, infatti, deve necessariamente prendere in considerazione il diverso rapporto del reo doloso -rispetto a quello del reo colposo- nei confronti della norma. Il pericolo per i beni giuridici proveniente dal reo doloso è maggiore ed il suo reinserimento nelle logiche del vivere sociale è più complesso, in quanto l'agire con dolo postula una contrapposizione alle norme che nell'agire colposo non è ravvisabile. L'autore reputa questo passaggio concettuale finalizzato all'individuazione della *ratio* dell'accentuata incriminazione del comportamento doloso necessario per tracciare i confini del dolo. Quali costellazioni, situazioni o circostanze debbano intendersi dolose può essere stabilito soltanto una volta individuata la logica normativa alla base del trattamento differenziato, definendo la *ratio* dell'incriminazione accentuata. Sicché, definita l'essenza del dolo come la decisione per il fatto illecito, intesa come un modo di porre se stesso nel rapporto con il mondo, se ne deducono le caratteristiche della rappresentazione e della volontà compatibili con tale essenza, comprendendo nell'ambito descrittivo del dolo anche le situazioni in cui il soggetto ha agito prevedendo l'evento come conseguenza soltanto possibile o probabile della sua condotta.

In questo modo l'essenza del dolo viene tendenzialmente a coincidere con il suo limite estremo di configurabilità ed il dato caratterizzante l'aspetto volontaristico del dolo eventuale viene posto a fondamento della definizione del coefficiente di imputazione, il quale si carica di un significato assiologico che va ben oltre quello conferitogli dal legislatore con la descrizione del tipo doloso di azione contenuta nell'art. 43 c.p. Si giunge così a ritenere che il dolo consista nell'indifferenza dell'agente verso i beni giuridici, palesata dalla svalutazione operata con la scelta di agire, sintomatica di mancanza di sentimento sociale³⁵⁵. Oppure che si sostanzi nel porre a motivo della propria condotta qualcosa di diverso dal comando giuridico, agendo nella consapevolezza di contrapporsi alla volontà dell'ordinamento³⁵⁶ e dimostrando di non rispettare i beni sociali³⁵⁷. Ancora, che si identifichi con l'atteggiamento egoistico espresso con l'azione accompagnata dalla rappresentazione delle possibili conseguenze³⁵⁸. O che l'aspetto comune alle varie forme di dolo e la nota differenziale con la colpa consista nella decisione di realizzare l'offesa antiggiuridica e rappresenti una forma di manifestazione della spiritualità dell'uomo³⁵⁹. Fino a sostenere, con una marcata deviazione verso il

³⁵⁵ V. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 199.

³⁵⁶ V. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 193.

Si veda anche EUSEBI, op. ult. cit., p. 173, in relazione alla teoria di BRAMMSEN, *Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes - Neue Wege in der Vorsatzdogmatik?*, in JZ 1989, pp. 71 e ss., per il quale il dolo rispetto alla colpa si caratterizzerebbe per la scelta soggettiva di negare, per il perseguimento di interessi individuali, la funzione guida dell'appello motivazionale riconducibile alle norme penali. Questo atteggiamento nel rapporto con il divieto è ravvisabile anche nella condotta di chi agisce con la consapevolezza di non poter dominare il corso degli eventi, tipica dell'azione posta in essere con la coscienza della sua concreta pericolosità per il bene in gioco.

³⁵⁷ V. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 199. In senso analogo anche GALLO, *Il dolo*, cit., p. 215 e ss., il quale, individuando il tratto comune alle forme di dolo nell'accettazione del rischio, sottolinea che l'essenza dell'atteggiamento doloso si sostanzia nel determinarsi all'azione pur nella previsione del possibile verificarsi dell'evento, così dimostrando di preferire alla rinuncia all'azione la produzione delle sue conseguenze.

³⁵⁸ PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 202-203.

³⁵⁹ PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 110 e ss.; 170 e ss.; 258 e 312.

EUSEBI, op. loc. ult. cit., pp. 84 e ss. sottolinea come anche FRISCH, (*Voratz und Risiko*, Köln-Berlin-Bonn-München 1983, p. 192 e ss.) individui l'essenza del dolo, anche eventuale, nella decisione per una condotta contrastante con i criteri comportamentali indicati dall'ordinamento, ravvisabile ogni volta che il soggetto si determina ad agire nell'incertezza personale sulle conseguenze della condotta, muovendo dalla realistica possibilità di realizzazione del risultato. La decisione contro il bene giuridico non è invece ravvisabile nella colpa con previsione, ove la condotta è posta in essere senza avvertire la concreta sussistenza del rischio, ovvero negandola, non prestandovi attenzione o agendo nella fiducia di un esito favorevole.

diritto penale dell'autore, che il reato sia manifestazione di una disfunzione della personalità (il venir meno dell'Io alla funzione di controllo delle proprie pulsioni) e che il dolo si sostanzi nella cosciente adesione ai propri dinamismi antisociali, nella decisione interiore frutto di una distorsione nel modo di sentire i valori sociali³⁶⁰.

È evidente che il rapporto tra previsione e volontà dell'evento, sul quale il legislatore incentra la definizione della struttura del dolo, in tal modo viene trasfigurato nella relazione tra il soggetto e l'ordinamento e costruito secondo valutazioni politico-criminali tipiche della colpevolezza. Il problema non consiste più nello stabilire in cosa si sostanzia il tipo doloso di azione alla luce della definizione normativa dello stesso, bensì nel valutare fino a quale limite la combinazione di previsione e volontà sia in grado di esprimere quell'atteggiamento di contrasto con le pretese comportamentali dell'ordinamento proprio della colpevolezza; ovvero fino a che punto la condotta tenuta dal reo merita una punizione a titolo di dolo, in quanto espressione di ribellione o di pericolosità individuale particolarmente accentuate.

L'impostazione di fondo delle teorie oggettivistiche non è dissimile; muta soltanto il referente teleologico per l'elaborazione della nozione di dolo eventuale, rappresentato dalle esigenze di prevenzione generale legate ad un certo comportamento.

Come si disse, la caratteristica comune a tali teorie è rappresentata dalla valorizzazione della tipologia di rischio attivato dalla condotta ai fini della distinzione tra dolo e colpa. Dal punto di vista strutturale non vi sarebbe quindi alcuna differenza tra comportamento doloso e comportamento posto in essere con colpa cosciente, in quanto entrambi si caratterizzano per la volontarietà della sola condotta, accompagnata dalla previsione delle possibili conseguenze. Il *discrimen* tra i due criteri di imputazione non è fondato sulla diversità del legame soggettivo

L'idea della decisione a favore della lesione del bene giuridico è riproposta, sebbene in prospettive più complesse, in parte già analizzate, da HASSEMER, op. loc. ult. cit., e CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., pp. 70 e ss., 185 e ss.

³⁶⁰ MORSELLI, op. ult. cit., pp. 46-47; 65 e ss.; 135 e ss.

tra l'agente e l'evento, effettivo nel dolo e potenziale nella colpa, bensì sulla maggiore o minore tollerabilità del pericolo per il bene giuridico, che dovrebbe portare ad una diversificazione tra rischi tipicamente dolosi e rischi tipicamente colposi.

Sebbene si parta da un'idea di fondo condivisibile, ovvero che il nesso di imputazione soggettiva è requisito di tipicità del fatto illecito, la ricostruzione del *Tatbestand* viene però incentrata sulla sola condotta, trasfigurando il legame con l'evento nel giudizio di pericolosità dell'azione. Ciò che conta ai fini del dolo sarebbe insomma la rappresentazione di un certo tipo di rischio accompagnata dalla decisione di agire malgrado ciò; il suo oggetto è individuato nuovamente nella sola norma di determinazione³⁶¹. Anche in questo modo l'essenza del dolo viene ravvisata nel rapporto tra il reo e la pretesa comportamentale dell'ordinamento di non attivare certi pericoli reputati eccessivi ed intollerabili, piuttosto che nella descrizione di una particolare modalità di realizzazione del fatto. Il dolo, da coefficiente di imputazione, viene trasformato in regola di ascrizione basata su esigenze di prevenzione: il comportamento doloso è quello che reca con sé un livello di pericolosità in presenza del quale si reputa opportuno reagire con la sanzione prevista per il reato doloso³⁶². La volontà dell'evento e la percezione del significato causale della propria condotta sono assorbite nella volontaria creazione di un pericolo, a prescindere da qualsiasi considerazione sulla rappresentazione della sua operatività nel caso concreto e con una surrettizia trasformazione dell'evento in condizione obiettiva di punibilità. Peraltro, in un ordinamento nel quale non sono previsti criteri per distinguere la natura dolosa o colposa del rischio, un'impostazione di questo genere rappresenta una delega in bianco all'interprete, il quale sarà chiamato a spostare il confine dell'intollerabilità del comportamento a seconda della sua sensibilità o delle istanze di tutela promananti dalla società.

Per le ragioni esposte la differenza tra tipicità e colpevolezza nell'imputazione dolosa diviene impalpabile, in quanto la formazione del volere rappresenta il tipico

³⁶¹ Cfr. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., pp. 59 e 60, in relazione a FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, cit.

³⁶² Cfr. EUSEBI, *Il dolo*, cit., pp. 3-10, 70 e 94.

oggetto del giudizio di colpevolezza; *rectius*, l'oggetto della valutazione dei presupposti per chiamare un soggetto a rispondere del fatto commesso, nei termini chiariti *supra*³⁶³. La colpevolezza del dolo ed il dolo come dominio eziologico tendono a confondersi. La ricostruzione della condotta come dolosa tende ad essere desunta dalla motivazione che spinge il soggetto, dal suo atteggiamento nei confronti del pericolo generato dalla condotta, dalla sua disponibilità ad esporre a rischio i beni giuridici, ovvero da considerazioni che attengono non più alla descrizione del tipo, bensì al rapporto tra il reo e le norme³⁶⁴.

In questo modo il dominio della causalità, che dovrebbe essere il vero aspetto caratterizzante del dolo, si smarrisce ed il nesso di imputazione non è più funzionale alla descrizione di un tipo di fatto caratterizzato dalla signoria dell'agente sugli accadimenti. L'evento come conseguenza fuoriesce dal fuoco della volontà e resta sullo sfondo, quale effetto possibile e *ratio* dell'incriminazione, ovvero come condizione necessaria per configurare il bisogno di applicare la pena prevista per il reato doloso. Il carattere doloso della condotta non viene ancorato alla sua connotazione tipica, non diversa da quella della condotta colposa aggravata dalla previsione dell'evento (agire con la consapevolezza del rischio), bensì al diverso atteggiamento del reo nei confronti delle norme poste a tutela dei beni giuridici.

Determinare la tipicità dolosa mediante il ricorso a valutazioni di colpevolezza significa "depauperare la volontà nella sua struttura particolare"³⁶⁵. La valutazione dell'atteggiamento del soggetto nei confronti delle norme attiene ad un momento distinto rispetto alla delimitazione delle modalità di realizzazione del fatto rilevanti per configurare un reato doloso. Rappresenta infatti una valutazione ulteriore, che rivela il senso di "ribellione" dell'agente imputabile e capace di adeguarsi a divieti e comandi ed esprime la possibilità di applicare la pena in funzione rieducativa³⁶⁶.

³⁶³ V. *supra*, capitolo II.

³⁶⁴ DONINI, *Teoria del reato*, cit., pp. 322-325.

³⁶⁵ SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, cit., p. 202.

³⁶⁶ Per spunti, sia pure in un'ottica retribuzionistica, tuttavia molto rigorosa nel tenere distinti il significato della volontà nella costruzione della condotta tipica ed il suo valore quale espressione di disobbedienza alle

6. *L'interazione tra profilo oggettivo e profilo soggettivo ai fini della descrizione del fatto tipico. Il dolo come requisito di imputazione dell'evento nella formula dell'art. 43 c.p.*

Con l'analisi compiuta si è cercato di porre in evidenza che gli ostacoli alla costruzione del profilo di imputazione soggettiva in termini coerenti con la funzione politico criminale di definizione del tipo di condotta vietata sono rappresentati dai retaggi della teoria delle norme e dall'impostazione per la quale dolo e colpa costituirebbero manifestazioni di colpevolezza, in quanto tali da modellarsi sulla base della norma di determinazione, come atteggiamenti del soggetto nei confronti delle pretese comportamentali dell'ordinamento. La verifica dell'ammissibilità delle forme di dolo basate sulla previsione dell'evento in termini di possibilità e, dunque, la ricostruzione dell'ambito applicativo della definizione contenuta nell'art. 43 c.p., invece, vanno compiute liberandosi da questi influssi.

Anzitutto non è accettabile l'idea per la quale nella norma che scolpisce il fatto tipico conviverebbero in realtà due norme, una rivolta al reo e l'altra al giudice, la prima incentrata su una prospettiva *ex ante* e la seconda su accertamenti *ex post* comprensivi dell'evento. Il reato è un fatto umano preso nel suo complesso, uno spaccato di vita nell'ambito del quale l'individuazione della condotta vietata è strettamente legata al rapporto che nella concezione sociale essa ha con l'evento. Non è possibile tracciare una fittizia linea divisoria tra due componenti di un processo di rilevanza giuridica unitario, comprensivo della descrizione della condotta e del suo legame con l'evento. La previsione della sanzione non si correla esclusivamente alla produzione dell'accadimento esterno o alla manifestazione di un certo comportamento inosservante, bensì all'interazione tra le due componenti³⁶⁷.

norme v. SANTAMARIA, op. ult. cit., pp. 202-206; ID., *Interpretazione e dottrina nella dottrina del dolo*, cit., pp. 34 e ss.; ID., voce *Colpevolezza*, loc. cit., pp. 646 e ss.

³⁶⁷ V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano 1988, pp. 225-228, ove peraltro vengono rappresentati in maniera compiuta gli effetti della teoria delle norme sulla costruzione dell'illecito penale come violazione di un imperativo.

È soltanto dalla sintesi degli elementi descrittivi che il fatto assume il volto dell'illecito penale³⁶⁸. Del resto l'allarme sociale ed il bisogno di pena in funzione di prevenzione generale negativa (minaccia), di prevenzione generale positiva (orientamento dei consociati) e di prevenzione speciale positiva (possibilità di recupero del reo ai valori del vivere civile) non dipendono esclusivamente dalla regola di condotta, ma anche dal significato di disvalore che alla stessa deriva dalla realizzazione dell'evento ad essa imputabile³⁶⁹.

Inoltre, anche a voler ipotizzare che la condotta tipica debba essere definita *ex ante*, il fatto che è pur sempre la prospettiva dell'evento a renderla tipica smentisce la tesi della separazione tra norma di valutazione e norma di determinazione. L'attitudine di essa a funzionare come precetto è fin dall'origine segnata dalla delimitazione della sfera dell'illecito incentrata sull'evento. Non saranno infatti imputabili *ex post* risultati eccentrici rispetto al ventaglio di eventi prevedibili *ex ante*, tant'è che si dovrà verificare quale tra i rischi attivati e considerati dall'ordinamento si è realizzato. È quindi evidente l'errore metodologico sotteso alla separazione della tipicità. Per la stessa teoria delle norme l'azione trae dall'evento possibile o probabile la sua tipicità *ex ante*, sicché la condotta tipica è fin *ab origine* costruita come un divieto di causazione e non già di semplice messa in pericolo³⁷⁰. Non si comprende allora per quale ragione l'oggetto del dolo non dovrebbe abbracciare la previsione del modo in cui opererà il rischio attivato nel caso concreto, dato che tale aspetto costituisce una componente essenziale della tipicità del fatto, a tal punto che la prospettiva dell'evento è necessaria anche nella impostazione per la quale la tipicità scolpirebbe esclusivamente condotte determinanti pericoli³⁷¹.

³⁶⁸ V. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 218. Sulla costruzione unitaria del reato si veda più in generale BETTIOL, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato* (1938), in *Scritti giuridici*, I, pp. 288 e ss.; NUVOLONE, *Il momento penale*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova 1969, 149 e ss.; MORO, *L'antigiuridicità penale*, Palermo 1947, pp. 118 e ss.

³⁶⁹ Si vedano più ampiamente MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, pp. 83 e ss. - 121 e ss.; CAVALIERE, op. ult. cit., pp. 159-360.

³⁷⁰ Si veda DONINI, *Teoria del reato*, cit., pp. 168-169.

³⁷¹ Sul falso garantismo della tipicità divisa si veda CAVALIERE, op. ult. cit., pp. 362 e ss.

Non è dunque ammissibile né l'espunzione dell'evento dall'oggetto del dolo, né la trasfigurazione del rapporto tra la condotta e l'evento nel rapporto tra il soggetto e la norma intesa come imperativo incentrato sul solo comportamento vietato³⁷².

Chiarito ciò, l'ulteriore passo da compiere è depurare la ricostruzione del significato della definizione normativa del dolo da qualsiasi influenza da parte di considerazioni tipiche della colpevolezza, interpretandola in maniera coerente con la sua funzione politico-criminale, consistente nella descrizione di una modalità di realizzazione del fatto espressiva della massima signoria dell'agente sullo svolgersi degli accadimenti in forma precisa e tassativa.

La funzione politico-criminale del coefficiente di imputazione soggettiva impone di incentrare la punizione a titolo di dolo sulla consapevole e volontaria realizzazione dell'evento per il tramite della propria condotta. Qualsiasi considerazione inerente al rapporto tra il soggetto e la regola comportamentale attiene al giudizio di colpevolezza/responsabilità³⁷³, riguardando la valutazione della possibilità e dei limiti entro cui il singolo e la collettività abbisognano di essere orientati al rispetto delle norme penali. Questa valutazione presuppone l'illecito doloso, ovvero la realizzazione del fatto tipico, oggetto del giudizio di responsabilità³⁷⁴.

L'illecito rappresenta il fatto personale e socialmente dannoso che il diritto mira a prevenire e, nel suo complesso di momenti oggettivi e soggettivi, esprime un bisogno di pena. Il problema della responsabilità, cioè di un intervento punitivo in

³⁷² Nella prospettiva dell'illecito penale come imperativo incentrato sulla sola regola di condotta che vieta o comanda un'azione il legame soggettivo con l'evento, infatti, può essere anche sbiadito. Il rimprovero per l'atteggiamento del soggetto nei confronti della pretesa dell'ordinamento non è incompatibile con la sola pericolosità della condotta e con la consapevolezza di essa. Anzi, se l'obiettivo è assicurare il rispetto del diritto, sanzionando il comportamento inosservante, la volontà dell'evento è irrilevante e l'offesa al bene giuridico opera come limite alla punibilità e non come fondamento della risposta sanzionatoria.

³⁷³ V. *supra*, capitolo II.

³⁷⁴ V. MOCCIA, op. ult. cit., pp. 124 e ss.; SANTAMARIA, *Prospettive*, cit., pp. 202-206; ID., voce *Colpevolezza*, loc. cit.; ID., *Interpretazione e dottrina*, cit., pp. 34 e ss.; CAVALIERE, op. ult. cit., p. 446. La stessa esigenza di espunzione del dolo dalla categoria della colpevolezza viene avvertita da MORSELLI, op. ult. cit., pp. 61-66, anche se in una prospettiva che non sembra incline ad intendere il nesso di imputazione soggettiva come elemento descrittivo di un tipo di fatto, bensì come espressione di una carica di disvalore consistente nella consapevole adesione dell'Io ad impulsi antisociali.

funzione di offerta rieducativa, dipende dalla ragione per cui l'autore non si è orientato in senso conforme alle norme (potendolo fare) e dall'intensità dell'esigenza di rieducazione espressa dalla gravità del fatto e dalla pericolosità del reo (cfr. art. 133 c.p.). La distinzione tra valutazione e determinazione non è, allora, tra norme compresenti nella definizione della fattispecie, bensì tra funzioni diverse delle quali la prima è presupposto della seconda. La teoria del reato si articola infatti in una successione di valutazioni orientate agli scopi del diritto penale³⁷⁵. La valutazione di antigiuridicità individua il fatto socialmente dannoso, contrastante con gli interessi del diritto penale e risultante dalla compenetrazione tra aspetto oggettivo ed aspetto soggettivo del fatto. Il giudizio di responsabilità si colloca su un piano logicamente e cronologicamente successivo, che presuppone già definito l'oggetto della valutazione e non può contribuire a rimodellarlo per adattarlo ai propri scopi politico-criminali. Altrimenti opinando la dannosità sociale finisce col dissolversi nella disobbedienza³⁷⁶.

Non basta dire che il dolo è elemento del fatto tipico se poi la fattispecie soggettiva dell'illecito viene costruita separatamente rispetto a quella oggettiva, attribuendole un contenuto psicologico incapace di esprimere l'accaduto nella sua complessità e la realizzazione dolosa del fatto come una modalità della condotta nella quale si sostanzia il massimo controllo sugli effetti della condotta da parte dell'agente³⁷⁷. La produzione del rischio di un certo effetto e la sua realizzazione non vanno ipostatizzati come momenti autonomi della tipicità. Il fatto tipico doloso, altrimenti, non è in grado di esprimere appieno la *ratio* della sua maggior sanzione, ovvero la signoria sugli accadimenti. Questa può trovare adeguata descrizione soltanto recuperando l'intima compenetrazione che nel reato doloso, accadimento unitario e complesso, c'è tra imputazione oggettiva ed imputazione soggettiva³⁷⁸.

³⁷⁵ Si veda *supra*, capitolo II, nonché CAVALIERE, op. ult. cit., p. 367.

³⁷⁶ V. CAVALIERE, op. ult. cit., pp. 367-368.

³⁷⁷ V. per spunti critici in tal senso DONINI, *Teoria del reato*, cit., pp. 83-86.

³⁷⁸ Per spunti in tal senso si veda DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 241.

Il sistema penale vigente tende a far dipendere l'esistenza del reato da un evento dannoso o pericoloso collegato all'azione o all'omissione da un particolare rapporto. La dinamica di questo rapporto non è fondata soltanto sull'elemento oggettivo-materiale in posizione parallela all'elemento soggettivo. Quest'ultimo, facendo parte della tipicità e contribuendo a connotare la dimensione offensiva del fatto, è parte integrante di quel rapporto. L'evento non va visto come conseguenza naturalistica dell'azione nella sua struttura oggettiva. Quel rapporto intercorre tra la condotta dolosa e l'evento, coinvolgendo quindi anche l'imputazione soggettiva³⁷⁹. Soltanto l'interazione tra i due aspetti della tipicità ed il rapporto tra essi esistente può fondare un autentico giudizio di tipicità ed offensività penale.

Lo stretto legame tra imputazione oggettiva ed imputazione dolosa è in verità ben evidente nella formula utilizzata dall'art. 43 c.p. per descrivere il reato doloso. Essa è infatti incentrata sulla previsione e volontà dell'evento quale "conseguenza" della propria azione od omissione. Non è un caso che il medesimo termine sia utilizzato per descrivere il nesso di imputazione oggettiva tra l'azione o l'omissione e l'evento (art. 40 c.p.).

Tutte le teorie sul dolo, concentrate sulla definizione dei rapporti tra previsione e volontà, non hanno approfondito la valenza dell'espressione, la sua capacità di definizione e delimitazione della tipicità dolosa. Il rapporto soggettivo tra azione ed evento, quindi, può essere adeguatamente ricostruito soltanto chiarendo a quali condizioni un evento è conseguenza di un'azione, dato che esse, nella costruzione sintattica utilizzata dall'art. 43 c.p., sono considerate oggetto della rappresentazione e della volontà del reo.

Senza pretesa di esaustività (il tema potrebbe essere da solo oggetto di uno studio appositamente dedicato) si tenterà di delineare lo stato dell'arte del dibattito sulla causalità, evidenziando gli aspetti definitivi sui quali può dirsi raggiunta una certa unanimità di vedute³⁸⁰ sia in dottrina che in giurisprudenza, circa le condizioni in

³⁷⁹ Per spunti in tal senso si veda ancora DONINI, op. ult. cit., p. 214.

³⁸⁰ V. FIANDACA, *Causalità* (rapporto di), in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988; ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, I, sub art. 40, 3^a ed., Milano 2004; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte*

presenza delle quali un evento può ritenersi “conseguenza” del fattore eziologico attivato dalla condotta.

L’esigenza sottesa alla soluzione dell’interrogativo è tipica del diritto, in quanto tesa a verificare se un determinato accadimento può essere imputato alla condotta dell’uomo³⁸¹. La struttura logica dell’imputazione si sostanzia nella formulazione di una valutazione controfattuale, cioè di un giudizio compiuto pensando assente (contro i fatti) una determinata condizione (la condotta umana) e chiedendosi se, nella situazione così mutata, sarebbe stata da attendersi o meno la medesima conseguenza (l’evento)³⁸².

C’è una certa unanimità di vedute sulla persistente utilità euristica della tesi della *condicio sine qua non*, nella sua duplice formulazione (positiva: la condotta è causa dell’evento se, senza di essa, l’evento non si sarebbe verificato; negativa: la condotta non è causa dell’evento se, senza di essa, l’evento si sarebbe verificato ugualmente). Tutte le concezioni causali, infatti, si basano sul presupposto che la condotta costituisca una condizione indispensabile dell’evento³⁸³.

Ciò chiarito, tuttavia, non si è ancora risolto il problema che interessa al diritto penale. Sostenere che un certo fattore è causa di un certo effetto quando non è

generale, Bologna 2007, pp. 220 e ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova 2001, pp. 145 e ss.; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano 2008, pp. 120 e ss.; FIORE, *Diritto penale*, Torino 2001, pp. 194 e ss.

³⁸¹ V. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2003, pp. 234 e ss.; STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, 1220-1223.

C’è una notevole differenza tra l’approccio al tema dell’imputazione oggettiva da parte del giudice e lo studio della causalità da parte dello scienziato. Quest’ultimo va alla ricerca di leggi scientifiche, sicché può accontentarsi di non essere in grado di affermare che ad un certo fattore consegue invariabilmente un altro, in quanto lo stato delle ricerche gli consenta di esprimersi soltanto in termini probabilistici. Il giudice invece è costretto ad andare oltre, essendo tenuto a pronunciarsi per la condanna o per l’assoluzione (si veda VOLK, *Sulla causalità nel diritto penale*, in *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli 1998, p. 87). Pertanto non esiste un concetto di causa universalmente valido; il suo valore, piuttosto, dipende dall’utilità, dal ruolo che esso è chiamato a svolgere in un determinato campo di indagine. Al giudice penale non interessa conoscere la causa secondo il punto di vista della filosofia della scienza, come non interessa sapere quali sono le condizioni antecedenti storicamente significative, o le condizioni rilevanti dal punto di vista della fisiologia, della biologia, della fisica, della psicologia e via dicendo. L’unica cosa importante è chiedersi se tra il comportamento dell’uomo e l’evento c’è un legame tale da rendere applicabile la norma penale (v. STELLA, op. ult. cit., pp. 1218-1221).

³⁸² STELLA, op. loc. ult. cit.

³⁸³ STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano 2003, pp. 225 e ss; ID., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano 1975, pp. 4 e ss.; ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova 1934, p. 258.

possibile ipotizzare l'assenza del primo senza il venir meno del secondo rischia di attribuire all'arbitrio dell'interprete l'individuazione del rapporto esistente tra condotta ed evento, se non si indica un criterio, un parametro oggettivo alla luce del quale risolvere il giudizio di imputazione. Poiché il nesso di causalità è un requisito di fattispecie, esso non può essere configurato in modo tale da restare del tutto indeterminato o da risultare determinabile di volta in volta dal giudice in base al suo imperscrutabile apprezzamento: lo vieta il principio di precisione e tassatività nella descrizione del fatto tipico³⁸⁴.

In effetti il giudizio controfattuale non può essere formulato se non si sa in anticipo che tra due fenomeni c'è una certa relazione. Nell'ambito di tutte le discipline, dalle scienze della natura a quelle storico sociali, quando si vuole scoprire la condizione necessaria di un certo accadimento occorre fruire di generalizzazioni causali frutto di indagini compiute con metodo scientifico. Bisogna legare l'uso del concetto di condizione necessaria all'oggettivo sapere scientifico, avendo riferimento a leggi di copertura capaci di esprimere le regolarità successive apprezzabili nel fatto in esame. In questo modo si perverrà alla formulazione di un'ipotesi, per la quale la condotta può ritenersi invariabilmente o più o meno probabilmente causa dell'evento con il quale è posta in relazione, in quanto il rapporto tra i due fattori risulta spiegabile alla luce di un dato scientifico o di esperienza che pone in evidenza l'esistenza di una interdipendenza tra i due fattori apprezzabile sul piano statistico³⁸⁵.

³⁸⁴ STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., pp. 73 e ss.; ID., *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., p. 1236.

³⁸⁵ STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., pp. 133-153 e ss.

Le leggi scientifiche devono essere pertinenti al caso, cioè in grado di spiegare uno o più aspetti ripetibili rilevanti dell'evento lesivo, od uno o più accadimenti facenti parte del meccanismo di produzione dell'evento rilevanti nel senso che, il loro assenza, l'evento descritto dalla norma o non si sarebbe verificato affatto, o non si sarebbe verificato "qui ed ora" e rispetto ai quali la condotta dell'agente risulti condizione necessaria (v. STELLA, op. ult. cit., pp. 268 e ss.).

Le leggi scientifiche possono essere universali, là dove asseriscano un'invariabilità nella successione di eventi e sono perciò in grado di offrire spiegazioni deduttive in termini di certezza; o statistiche, là dove asseriscano una regolarità nella successione di eventi non invariabilmente, ma in una data percentuale di casi, prospettando il legame tra due fattori come più o meno probabile. Si vedano CARNAP, *I fondamenti filosofici della fisica*, Milano 1971, pp. 36 e ss.; HEMPEL, *Filosofia delle scienze naturalistiche*, Bologna 1978, pp. 93 e ss.; STELLA, op. ult. cit., pp. 307 e ss.

Anche questo passaggio del giudizio di imputazione, pur essenziale, non è ancora sufficiente. Il problema pratico del diritto penale consiste nello stabilire se il singolo caso è riconducibile alla legge causale generale e certo non può dirsi risolto con l'individuazione di quest'ultima e la verifica della sua attitudine esplicativa dell'accadimento in esame³⁸⁶. Il risultato cui si perviene è infatti inevitabilmente probabilistico ed astratto.

È una considerazione che vale sia per le leggi universali che per quelle statistiche. Le prime, infatti, se esistenti, sono pur sempre fondate su assunzioni tacite che conferiscono loro un'attitudine esplicativa coincidente con la pratica certezza, ma non certo con la certezza in assoluto. Le seconde, invece, evidenziano una regolarità nella successione dei fenomeni non invariabile, bensì probabile in misura direttamente proporzionale alla frequenza statistica del rapporto tra due fattori³⁸⁷.

Non basta, però, aver individuato il meccanismo di produzione di un certo effetto. L'imputazione del singolo caso richiede che si verifichi se quel meccanismo ha agito nell'episodio concreto, mediante l'esclusione dell'interferenza di eventuali fattori capaci di prospettare una plausibile spiegazione alternativa della verificazione dell'evento³⁸⁸.

Si sostiene che questo statuto dell'imputazione dell'evento costituisce il frutto di una mutata prospettiva, basata sull'esame dell'istituto in chiave processuale. Il problema dell'accertamento atterrebbe al tema della prova ed i criteri di giudizio del processo penale (v. artt. 530, co. 2 e 533 c.p.p.) avrebbero al riguardo un ruolo decisivo³⁸⁹.

³⁸⁶ VOLK, op. ult. cit., p. 97.

³⁸⁷ STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., pp. 275 e ss.; ID., *Giustizia e modernità*, cit., pp. 333 e ss., 341 e ss.

³⁸⁸ STELLA, op. ult. cit., pp. 301 e ss.; VOLK, op. ult. cit., pp. 96 e ss.

³⁸⁹ Si vedano STELLA, op. loc. ult. cit. e Cass. pen., S.U., 10 luglio 2002 n° 30328, imp. Francese. Va peraltro sottolineato che ad avviso di STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., pp. 365 e ss., pur essendo condivisibile l'impostazione di fondo della pronuncia poc'anzi citata, alcuni passaggi della motivazione si pongono in contrasto con l'impostazione metodologica adottata. Infatti le Sezioni Unite si accontentano anche di leggi e massime di esperienza caratterizzate da coefficienti esplicativi della successione tra fenomeni con frequenza statistica medio-bassa, salvo richiedere la verifica dell'operatività del meccanismo di produzione dell'evento sulla base di esse ipotizzato nel caso concreto. La necessità di compiere questo

In realtà è riduttivo sostenere che il passaggio dall'individuazione di una legge di copertura adeguata al caso (causalità generale) alla verifica della sua operatività nel caso concreto (causalità concreta) costituisce soltanto un problema di prova. Piuttosto, l'interazione tra i due profili porta ad un nuovo concetto di causalità.

Il ruolo del processo di esclusione di fattori causali capaci di offrire spiegazioni plausibili ha una funzione importante nella definizione delle condizioni in presenza delle quali l'evento può considerarsi conseguenza di una condotta. All'uopo occorre infatti la certezza processuale che l'evento rappresenti concretizzazione del rischio attivato con la condotta vietata e che, pertanto, l'accaduto rientra nel novero dei fatti la cui verifica l'ordinamento mirava a scongiurare³⁹⁰.

È di tutta evidenza che si è giunti ad uno statuto della causalità lontano dal naturalismo ottocentesco e basato su parametri normativi tipici delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento³⁹¹. L'individuazione di una legge scientifica per la quale c'è una regolarità successiva statisticamente apprezzabile tra condotte del tipo di quella posta in essere ed evento verificatosi evidenzia infatti che l'autore della condotta ha determinato un aumento del rischio di produzione di un effetto non voluto dall'ordinamento. La successiva verifica della riconducibilità del caso concreto all'ambito di applicazione della legge scientifica qualifica l'evento come concretizzazione del rischio attivato dall'autore della condotta non attenutosi alle pretese comportamentali delineate dalle norme penali. L'evento come conseguenza

accertamento rispondendo al criterio di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio e la possibilità di porre a suo fondamento anche coefficienti probabilistici medio-bassi ad avviso dell'autore sarebbero in radicale contrasto. La media e bassa frequenza, infatti, per definizione è incapace di spiegare se il singolo caso individuale si colloca all'interno o all'esterno della percentuale di casi espressi dalla legge statistica. In sostanza essa sarebbe ontologicamente incompatibile con un accertamento caratterizzato dall'elevata probabilità logica richiesta dal criterio di giudizio di cui agli artt. 530, co. 2 e 533 c.p.p.

³⁹⁰ V. VOLK, op. ult. cit., pp. 88-89 e 104-105.

³⁹¹ Sulle quali si vedano MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 130 e ss.; ROXIN, *La problematica dell'imputazione oggettiva*, in *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli 1998, pp. 84 e ss.; DONINI, *Lettura sistematica delle teorie di imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, pp. 588 e ss.; PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, pp. 779 e ss.; ROMANO, *Commentario*, cit., sub artt. 40-41; CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo di evento*, Napoli 1989; MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'imputazione oggettiva dell'evento o trasfigurazione della colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1991, pp. 3 e ss.; FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Ind. pen.* 2006; LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, Napoli 2011.

può dunque essere definito come la concretizzazione del rischio prodotto dalla condotta vietata.

Sulla base di questa nozione è agevole definire quando un evento è previsto e voluto come conseguenza e, quindi, quando c'è dolo. È sufficiente spostare il punto di osservazione dalla prospettiva *ex post* tipica dell'accertamento dell'imputazione oggettiva alla visione *ex ante a parte subiecti*. Il comportamento doloso consiste allora nella percezione del rischio legato ad una certa condotta; nella rappresentazione del fatto che quel rischio opererà nel caso concreto; nella attivazione del fattore causale mediante il volontario compimento della condotta, con la consapevolezza dei due aspetti precedenti.

Ove vi sia soltanto percezione del rischio senza rappresentazione del fatto che esso opererà nel caso concreto l'azione è colposa e non dolosa. La condotta, infatti, è posta in essere con la previsione della possibilità dell'evento non accompagnata dalla consapevolezza della sussistenza di tutti i presupposti per ritenere che quella possibilità diventerà realtà nelle condizioni date. Non è un caso che nella definizione della colpa con previsione (art. 61, n° 3 c.p.) non compaia il sintagma "preveduto e voluto come conseguenza". La rappresentazione del fatto che il rischio attivato dalla condotta opererà nel caso concreto è essenziale per la configurabilità del dolo: essa esprime l'essenza dell'azione tipica dolosa come modalità della condotta caratterizzata dalla massima signoria dell'agente sulla realtà fenomenica³⁹².

Alla luce di queste osservazioni l'unica figura di dolo che non pone problemi di compatibilità con la tipicità delineata dall'art. 43 c.p. è il dolo diretto, essendo

³⁹² Per spunti in tal senso si veda ROXIN, op. ult. cit., pp. 102 e ss, ove il rapporto tra imputazione oggettiva e dolo viene descritto nel senso che il fatto verificatosi deve rappresentare la realizzazione del piano dell'agente, corrispondente, *a parte subiecti*, alla realizzazione del pericolo sulla quale si fonda l'imputazione dell'evento sul piano oggettivo. La configurabilità della realizzazione del pericolo e del piano dell'agente non viene meno in presenza di modalità di produzione dell'evento differenti da quelle preventivate, purché esse possano considerarsi equivalenti rispetto alla tipologia di rischio attivato. A tal uopo si fa l'esempio del soggetto che, con intento omicida, butti il suo avversario giù da un ponte, preventivando che egli annegherà nel fiume sottostante. La vittima, tuttavia, non annega, ma muore per effetto dell'urto della testa contro un pilone del ponte. In tal caso la deviazione del processo causale non fa venir meno il rapporto esistente tra il rischio attivato dal soggetto e le modalità di concretizzazione dello stesso. Dal punto di vista dell'imputazione soggettiva, il suo piano di uccidere si è realizzato nonostante la deviazione del decorso causale. Se taluno vuole uccidere un soggetto gettandolo giù da un ponte, sul piano assiologico è infatti indifferente che la morte sopravvenga per annegamento o per la rottura del cranio dovuta ad un urto.

caratterizzata da una piena congruenza tra la rappresentazione dell'agente e quanto verificatosi. Maggiore problematicità comporta invece il dolo eventuale, per la sua caratteristica di essere fondato su un dubbio non risolto circa la effettiva operatività del rischio attivato con la condotta.

Sulla base di questa impostazione metodologica nel prossimo capitolo si procederà ad un'analisi dettagliata delle più note teorie sul dolo eventuale, valutandone la compatibilità con l'ambito applicativo del reato doloso come risultante dall'interpretazione della formula di cui all'art. 43 c.p. poc'anzi offerta.

CAPITOLO IV

Dolo eventuale e colpa con previsione

SOMMARIO: 1. Le teorie che fanno leva sulla valorizzazione degli stati emozionali ed affettivi. – 2. Il criterio basato sull'accettazione del rischio. – 3. Le formule di Frank. – 4. Alla ricerca di un *quid pluris* rispetto alla mera accettazione del rischio. – 5. La valorizzazione della conoscenza del rapporto causale tra condotta ed evento. – 6. La teoria che fa leva sulla contrapposizione tra previsione in astratto e previsione in concreto. – 7. Il tentativo di distinguere tra “probabilità” e “possibilità” di verificazione dell'evento. – 8. Le teorie che muovono dalla distinzione tra tipologie di rischi attivati con la condotta. – 9. Il tentativo di descrivere il dolo eventuale mediante la sintesi tra caratteristiche oggettive del rischio e profilo psicologico.

1. Le teorie che fanno leva sulla valorizzazione degli stati emozionali ed affettivi

Alcune impostazioni teoriche, come si è anticipato nel capitolo precedente, incentrano la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente sull'atteggiamento interiore od emozionale del soggetto riguardo alla previsione delle possibili conseguenze della condotta. La componente volontaristica che caratterizza il dolo viene così desunta dall'analisi dello stato affettivo del soggetto rispetto all'evento ed alla conseguente lesione del bene giuridico ad esso connessa.

Ad avviso di un orientamento dottrinale il dolo eventuale sussiste là dove il soggetto, a fronte della previsione dell'evento come possibile conseguenza della condotta, abbia agito con indifferenza verso il risultato lesivo. Ove, invece, il reo abbia agito desiderando e, quindi, sperando che l'evento non si sarebbe verificato, si potrà formulare soltanto un rimprovero per colpa cosciente³⁹³.

³⁹³ V. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 44 in relazione a ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin 1930, pp. 233 e ss.; VANNINI, *Definizione del dolo*, in *Giust. pen.* 1947, II, p. 274; ONDEI, *Alcune osservazioni sulla nozione del dolo*, in *Ann. dir. proc. pen.* 1942, p. 346; ALTAVILLA, *Dolo di pericolo con evento di danno e colpa con previsione*, in *Riv. it. dir. pen.* 1932, p. 330) BATTAGLINI, *Volontà e rappresentazione nei delitti dolosi secondo il nuovo codice penale*, cit., p. 94.; PECORARO ALBANI, *Il dolo*, cit., pp. 331 e ss.; MALINVERNI, *Scopo e movente nel diritto penale*, Padova 1955; ID., *Gli stati affettivi nella nozione del dolo*, in *Arch. pen.* 1955, pp. 351 e ss. All'orientamento in esame può essere ricondotta anche la tesi secondo cui se “l'agente opera in una situazione di indifferenza

Una variante di questa impostazione è ravvisabile nell'idea per la quale in realtà il dolo eventuale non consiste in un atteggiamento emotivo dell'agente nei confronti del bene giuridico, ma è ravvisabile solo in presenza di una "accettazione con indifferenza" della lesione del bene giuridico prevista come possibile. L'elemento volitivo non andrebbe ravvisato nella mera indifferenza, bensì nella determinazione contro il bene giuridico, rivelata dal fatto che l'agente ha agito accettando con indifferenza la realizzazione della lesione, senza lasciarsi influenzare dalla rappresentazione dei possibili effetti della condotta³⁹⁴. L'agente preferisce realizzare l'evento anziché rinunciare al perseguimento del proprio fine, laddove nella colpa cosciente la speranza della non verificazione delle conseguenze assume rilievo decisivo nel determinare il soggetto all'azione³⁹⁵.

La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente sulla base dei profili emozionali è sostenuta anche in alcune -in verità non recenti- sentenze della Corte di Cassazione.

Si afferma che la disciplina del dolo eventuale non si sottrae a quella del dolo dettata dall'art. 43 c.p., per cui se ne può affermare la sussistenza solo quando l'evento sia stato non solo previsto, ma voluto. Detta volontà viene ritenuta sussistente là dove il soggetto si sia rappresentato l'evento come una conseguenza probabile, o anche solo possibile, in modo apprezzabile, della sua azione, purché egli non abbia agito nel ragionevole convincimento, o almeno, nella speranza di una sua mancata realizzazione³⁹⁶. In altre pronunce sembra invece richiedersi una

rispetto alla produzione dell'evento, assumendo il rischio dell'evento o sperando che esso abbia a realizzarsi, il dolo (eventuale) deve ammettersi, mentre se opera sperando che l'evento non abbia a verificarsi, il dolo deve ritenersi escluso e deve ammettersi la colpa cosciente" (BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 1982, p. 450). Sul tema v. anche NICOSIA, *Contagio da H.I.V. tra marito e moglie, omicidio doloso*, commento a sentenza Trib. Cremona 14 ottobre 1999, in *Foro it.* 2000, II, pp. 348 ss. e LICCI, *Dolo eventuale*, cit., pp. 1498 e ss.

³⁹⁴ CERQUETTI, *Il dolo*, cit., pp. 254-255.

³⁹⁵ PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 332-333. Si veda anche VANNINI, *Poche parole, ma chiare parole il tema di dolo*, cit., p. 43, ove la colpa con previsione viene ravvisata nell'aver agito "nella speranza ed a seguito della speranza" del non verificarsi dell'evento, a differenza del dolo eventuale, caratterizzato dalla realizzazione della condotta nonostante la previsione dell'evento come effetto probabile o possibile della stessa e, quindi, dall'azione posta in essere anche a costo di cagionare le conseguenze preventivate.

³⁹⁶ Cass. pen. 24 maggio 1984, n° 1264, rv. 165106 e 15 dicembre 1982, n° 1114, rv. 157333.

maggiore caratterizzazione della speranza della mancata realizzazione dell'evento, pretendendosi che essa sia "concretamente e sicuramente" emergente *aliunde*³⁹⁷, ovvero che sia ragionevole³⁹⁸.

Il contrasto tra rappresentazione dell'evento quale conseguenza possibile della propria condotta a profondo desiderio che esso non si realizzi è in particolare alla base di una notissima pronuncia di legittimità³⁹⁹.

La vicenda concerneva una bambina talassemica, bisognosa di un continuativo trattamento emotrasfusionale. I genitori inizialmente avevano accettato di buon grado le emotrasfusioni a favore della figlia; dopo aver aderito alla fede religiosa dei testimoni di Geova, tuttavia, decisero di sospendere le cure, pur sapendo che la pratica emotrasfusionale sarebbe stata il rimedio più efficace e diretto ai fini del miglioramento del quadro clinico della bambina. L'inconciliabilità tra gli obblighi di coscienza propri della fede religiosa dei genitori e la necessità delle pratiche terapeutiche per la cura della bambina fu inizialmente risolta dal Tribunale per i minorenni di Cagliari, mediante l'adozione di provvedimenti per imporre coattivamente la cura della bambina; da parte loro, i genitori si mostrarono disponibili ad accompagnare la figlia in ospedale senza alcuna necessità di coazione diretta. Quando, tuttavia, si verificarono problemi derivanti da gravi carenze delle strutture sanitarie, la frequenza delle trasfusioni diminuì drasticamente, comportando un progressivo degrado biologico degli organi vitali della piccola, fino a provocarne la morte⁴⁰⁰.

³⁹⁷ Cass. pen. 25 gennaio 1989, n° 4916, rv. 180981.

³⁹⁸ Ad esempio, Cass. pen. 12 gennaio 1989, n° 4912, in *Giust. pen.* 1990, 2, pp. 69 e ss. Verserebbe, quindi, in colpa cosciente e non in dolo eventuale il soggetto che, pur essendosi rappresentato la possibilità di realizzazione dell'evento, agisca con la "ragionevole speranza" che esso non si concretizzi. Si tratta pur sempre di un criterio inquadrabile fra quelli emozionali o intimistici; il riferimento alla "ragionevole speranza", semmai, elimina solo il motivo di critica per il quale i criteri emozionali porterebbero al paradosso di condurre all'esclusione del dolo anche là dove l'agente avesse certezza degli effetti della condotta, nutrendo una speranza vana ed irrazionale circa il loro non verificarsi. Si veda più diffusamente *infra*.

³⁹⁹ Cass. pen. 13 dicembre 1983, n° 667, in *Cass. pen.* 1984, 12, pp. 2400 e ss.

⁴⁰⁰ Sul caso si vedano, tra gli altri, AGNINO, *La sottile linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Giur. merito* 2009, 6, p. 1502; CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 255-256; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 595 e ss.

I giudici di appello avevano confermato la condanna inflitta in primo grado⁴⁰¹ per omicidio volontario commesso con dolo eventuale, sostenendo l'irrelevanza della componente di carattere emotivo e, segnatamente, della speranza ai fini dell'esclusione della volontà.⁴⁰²

La Suprema Corte, nell'annullare con rinvio la sentenza di secondo grado, evidenziò che la definizione di reato doloso ex art. 43 c.p. richiede non la semplice previsione dell'evento, ma la proiezione della volontà verso la produzione di esso. La mera rappresentazione dell'evento non è ancora volontà di produrlo; ciò vale anche per il dolo eventuale, il quale presuppone che l'azione sia diretta al conseguimento volontario di un certo risultato, sia pure con la prospettiva di conseguirne uno diverso che, non distogliendo l'agente dalla prosecuzione della condotta, entra per ciò stesso nel fuoco della volontà. La Corte, sulla base di numerosi elementi circostanziali, giunse però alla conclusione che i due genitori non volessero "intimamente" la morte della figlia, alla quale erano "affettivamente

⁴⁰¹ Ass. Cagliari 10 marzo 1982, in *Foro it.* 1983, II, pp. 27 e ss.

⁴⁰² Ass. App. Cagliari 13 dicembre 1982, in *Giur. merito* 1983, II, pp. 961 e ss. I giudici di appello avevano sostenuto che gli imputati erano certamente ben consapevoli della possibilità di morte precoce della figlia come conseguenza dell'interruzione della terapia emotrasfusionale, essendo stati informati in modo esaustivo da parte di medici, assistenti sociali e giudici del Tribunale per i minorenni. Essi erano altresì consapevoli del fatto che l'unica strada percorribile per evitare la morte precoce della figlia era rappresentata dalla sottoposizione della stessa alla terapia emotrasfusionale. Alla luce di ciò non avevano ritenuto adeguato al caso un mero rimprovero per aver agito con leggerezza, né avevano reputato ragionevole che gli imputati potessero aver confidato nella non verifica dell'evento morte, non essendovi particolari circostanze in grado di supportare il convincimento che la morte avrebbe comunque potuto essere evitata anche senza la sottoposizione della bambina alla terapia emotrasfusionale. I giudici avevano quindi concluso per la sussistenza del dolo eventuale, dato che gli imputati avevano agito con la consapevolezza di ledere l'interesse della figlia. La mera speranza da essi nutrita circa la non verifica dell'evento, peraltro irrazionale alla luce delle informazioni ricevute da parte del personale sanitario, non escludeva la certezza circa la violazione dell'obbligo giuridico di garanzia di assistenza sanitaria della figlia su di essi incombente su di essi, nonché circa il pregiudizio per le condizioni fisiche della bambina. Era stato ritenuto del tutto irrilevante anche il fatto che i genitori avessero tentato di porsi in contatto con medici che stavano sperimentando metodi di cura alternativi, dato che l'interruzione della terapia emotrasfusionale era stata effettuata proprio mentre i due imputati stavano constatando l'insuccesso di tali tentativi. La circostanza rafforzava il giudizio di irrazionalità della speranza da essi nutrita relativamente alla non verifica della morte della figlia e, quindi, di accettazione del rischio di tale evento.

L'irrelevanza della speranza del non verificarsi dell'evento è sostenuta molto perentoriamente da Cass. pen. 27 aprile 1984, n° 6750, rv. 165360, per la quale devono considerarsi voluti con dolo eventuale tutti quei risultati che l'agente prevede come conseguenza certa o probabile del suo comportamento, o anche solo come conseguenza possibile, quando, malgrado ciò, perseveri nella sua azione, accettandone il rischio e dando così un'adesione di volontà al verificarsi dell'evento, quantunque spera che non si realizzi.

legati”⁴⁰³. In sostanza i giudici di legittimità ritennero che la sussistenza del profilo volitivo del dolo dovesse escludersi, alla luce dell’affetto nutrito dai genitori nei confronti della figlia e della speranza da essi coltivata con riguardo alla non verificazione dell’evento morte⁴⁰⁴, per quanto essa potesse essere infondata e vana. Sicché, a fondamento del *discrimen* tra dolo eventuale e colpa con previsione, tale sentenza pone proprio il “criterio della speranza”⁴⁰⁵.

Alle teorie dell’indifferenza, pur con le piccole sfumature tra l’una e l’altra, sono state rivolte numerose critiche, fondate essenzialmente sull’inidoneità del ricorso a valutazioni di aspetti relativi alla sfera emotiva dell’agente per l’individuazione del confine tra dolo e colpa.

Anzitutto si è sostenuto che, per quanto uno stato d’animo di particolare indifferenza, insensibilità od assenza di scrupoli verso il bene giuridico aggredito possa costituire indizio per ritenere la sussistenza del dolo, non è condivisibile la conclusione di segno opposto, per la quale non vi sarebbe senz’altro dolo eventuale in chi abbia agito senza l’atteggiamento di indifferenza, ovvero con la speranza del non verificarsi dell’evento. La mera “speranza” di non causare conseguenze lesive, priva di solidi “punti di appoggio”, non consente di giustificare il trattamento più mite del reo, il quale ha agito pur avendo consapevolmente “messo in conto” l’esito dannoso della sua condotta⁴⁰⁶.

L’applicazione di criteri intimistici od emozionali potrebbe peraltro condurre a conseguenze incongrue sul piano applicativo. Se il *discrimen* viene individuato in una qualsivoglia speranza di non verificazione dell’evento, infatti, si potrebbe escludere il dolo anche nei casi in cui l’agente abbia posto in essere la condotta nutrendo una speranza del tutto irrazionale circa la non verificazione dell’evento,

⁴⁰³ Cass. pen. 13 dicembre 1983, loc. cit.

⁴⁰⁴ AGNINO, op. loc. ult. cit.

⁴⁰⁵ DI SALVO, *Colpa cosciente e dolo eventuale, diretto e alternativo*, in *Giur. merito* 2009, 2, p. 439.

⁴⁰⁶ CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 44-45. Per PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., p. 42 anche nel caso di dolo eventuale può darsi che l’agente spera nel non verificarsi dell’evento, soprattutto se la verificazione dell’evento non desiderato precluderebbe il raggiungimento dell’obiettivo desiderato.

sebbene avesse previsto tale verifica in termini di certezza⁴⁰⁷. Ove l'evento sia previsto come conseguenza certa della condotta, il suo significato finalistico corrisponde alla volontà del soggetto e quest'ultima non può essere esclusa da alcuno stato emotivo od affettivo⁴⁰⁸.

In secondo luogo, è stato rilevato che gli atteggiamenti di "indifferenza" o "mancanza di riguardo" parrebbero, essere più confacenti alla colpa, evidenziando essi uno statico difetto di sensibilità sociale, in luogo di quella manifestazione qualificata dinamicamente come un attacco nei confronti di beni socialmente rilevanti che dovrebbe rappresentare il dato caratterizzante del dolo⁴⁰⁹.

Si aggiunga che provare la consistenza degli stati affettivi significa effettuare complesse incursioni nell'interiorità dell'agente. La qual cosa, di per sé ostica già nella normale prassi probatoria, potrebbe in realtà essere impossibile ove l'obiettivo sia costituito dall'accertamento dell'intensità degli stessi, al fine di stabilire il loro determinismo rispetto al compimento dell'azione⁴¹⁰.

La valorizzazione di aspetti di carattere emozionale e la loro difficile dimostrazione processuale, dati i contorni evanescenti dei concetti di in esame,

⁴⁰⁷ NAPPI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2010, pp. 400-401.

⁴⁰⁸ PADOVANI, *Diritto penale*, Milano 2008, p. 250. Cfr. anche PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 333.

⁴⁰⁹ CERQUETTI, op. ult. cit., p. 254; MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, cit., pp. 69 e ss.; ID., *L'elemento soggettivo del reato nella prospettiva criminologica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1991, pp. 100 e ss. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 334 osserva che, ove sia ravvisabile la risoluzione di agire tipica del dolo, i criteri emozionali in esame sono privi di qualsiasi valore. Ciò non significa che essi non possano avere un rilievo, ma soltanto nella misura in cui lo stato emotivo abbia comportato la mancata formazione di detta risoluzione ad agire. In sostanza, non si tratta di accertare se la speranza del non verificarsi dell'evento sia stata o meno decisiva nel determinare il soggetto all'azione; è pur sempre sulla sussistenza o meno della volontà che occorre puntare per ritenere configurabile il dolo eventuale.

⁴¹⁰ Cfr. DE MARSICO, *Coscienza e volontà nella nozione di dolo*, cit., p. 154 e BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 450, il quale, pur aderendo, come si è visto, alla teoria in esame, riconosce che "la prova indubbiamente non è facile: ciò che conta è che essa non debba essere esclusivamente desunta dal carattere del reo, ma da tutto il complesso delle circostanze che determinano la capacità a delinquere del reo".

PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 366-367 segnala poi il rischio che l'indifferenza possa essere colta nel fatto stesso di non aver desistito dall'azione malgrado la previsione dell'evento, con l'introduzione di una vera e propria presunzione di dolo. Tuttavia il soggetto non può qualificarsi indifferente verso il diritto soltanto per la mancata desistenza dall'azione, dato che l'indifferenza è un sentimento e, proprio per questo, può non manifestarsi in un'azione. Quindi dietro la teoria si celerebbe, a ben vedere, una svalutazione del profilo volitivo del dolo e la riduzione di esso alla sola previsione.

rischierebbe di dare luogo a valutazioni dell'autore, anziché del fatto⁴¹¹. La circostanza sarebbe evidentemente incompatibile con un diritto penale costruito su basi oggettivistiche ed improntato alla tutela di determinati beni giuridici: la funzione del dolo non può essere concepita in una dimensione eticizzante, non essendo esso volto a censurare o ad impedire la manifestazione di determinati atteggiamenti interiori⁴¹².

Infine si è osservato che la pretesa centralità delle componenti emotive contrasterebbe con inequivoci dati normativi. Da un lato, l'art. 43 c.p., fa riferimento a "previsione" e "volontà" e non a stati emotivi o affettivi; dall'altro, l'art. 90 c.p. esclude espressamente la rilevanza di stati emotivi o passionali ai fini dell'imputabilità⁴¹³. Del resto, si aggiunge, atteggiamenti psichici quali il desiderio, la speranza, l'indifferenza, l'auspicio e simili non hanno nulla a che fare con la volontà⁴¹⁴, risolvendosi piuttosto in una mancanza di attività della sfera volitiva. Lo

⁴¹¹ MORSELLI E., *Il ruolo dell'atteggiamento interiore*, cit., p. 69 ove acutamente si osserva che la teoria di Engisch non riesce a distanziare adeguatamente l'atteggiamento interiore quale momento del singolo fatto concreto da una caratteristica permanente della personalità. Cfr. anche PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 366.

Essendo inoltre impossibile accertare simili entità psichiche in capo all'imputato -il quale, verosimilmente, dichiarerà sempre di aver avuto speranza nel non verificarsi dell'evento, a prescindere dalla ragionevolezza della stessa alla luce delle circostanze in cui fu posta in essere la condotta- e facendo affidamento sul criterio dell'atteggiamento interiore si rischierebbero inoltre semplificazioni probatorie influenzate dalla convinzioni personali del giudicante. In tal senso si veda NICOSIA, op. ult. cit., p. 354.

⁴¹² G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 120, il quale fa riferimento, a sua volta, all'analisi di ROXIN, *Zur abgrenzung von bedingtem vorsatz und bewusster fahrlässigkeit*, in *Jus* 1964. Si osserva, in particolare, che l'obiettivo del diritto penale deve essere orientato alla tutela di beni giuridici, e non può essere quello d'impedire che si manifestino determinati atteggiamenti interiori in coloro che realizzano la lesione di tali beni; ciò che interessa è unicamente il fatto che la lesione possa essere evitata. L'autore aggiunge che se il soggetto si è rappresentato le possibili (o probabili) conseguenze accessorie della propria azione e, ciononostante, ha scelto di agire, ciò significa che ha prescelto la via della lesione del bene giuridico; il disvalore di tale scelta non può dunque venir meno, né ridursi, per il solo fatto che essa sia stata accompagnata da un atteggiamento interiore di semplice speranza nella non verifica dell'evento, o di disapprovazione del medesimo. Ragionando diversamente infatti, si correrebbe il rischio, fra l'altro, di sfociare direttamente nella costruzione di particolari tipi d'autore.

⁴¹³ V. CERQUETTI, op. ult. cit., p. 257.

⁴¹⁴ V. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 332-333 e 369, ove si precisa che le emozioni ed i sentimenti dell'agente, i suoi interessi ed i motivi a delinquere sono fuori della determinazione del dolo, ferma restando la loro rilevanza per la valutazione della personalità, dell'entità dell'illecito e, quindi, la commisurazione della pena. Cfr. anche PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., p. 31. L'ambiguità dei concetti emerge con chiarezza da Cass. pen. 5 ottobre 1987, n° 27, in *Cass. pen.*, 1989, 3, pp. 380 ss., la quale richiama la nozione di indifferenza, utilizzandola tuttavia per escludere il dolo eventuale. La condizione di indifferenza rispetto all'evento, ove accompagnata dalla speranza che esso non si realizzi grazie alle proprie abilità o ad altri fattori che possano contribuire ad evitarlo, viene infatti ritenuta tipica della colpa cosciente.

sperare o l'auspicare, ma anche la semplice indifferenza, in nessun caso possono qualificarsi come volontà. Tali stati d'animo sono semmai indicativi dell'interesse del reo rispetto all'evento prodotto dalla sua condotta, sicché non offrono una definizione del dolo adeguata dalla formula normativa, fondata sulla volontà criminosa⁴¹⁵.

Sul piano sistematico, alla luce delle considerazioni svolte nel capitolo precedente, è poi evidente la trasfigurazione del nesso psichico con l'evento nel rapporto tra il soggetto e l'imperativo comportamentale e, quindi, la costruzione del dolo eventuale quale manifestazione di colpevolezza.

L'essenza del coefficiente psichico in esame viene infatti individuata nella particolare carica emozionale del soggetto agente rispetto alla produzione delle conseguenze della condotta da lui prevista. Il suo comportamento esprime mancanza di sentimento sociale, riconducibile all'atteggiamento di subordinazione delle sorti del bene giuridico ai propri interessi tipica della colpevolezza dolosa. Egli, pur essendosi rappresentato la possibilità di realizzazione di un risultato penalmente rilevante, con indifferenza non desiste dalla propria condotta, rifiutando di determinarsi ad un prudente comportamento conforme alle pretese dell'ordinamento. Lo stesso atteggiamento non è invece ravvisabile in chi agisca con la speranza od il desiderio della non verifica dell'evento, nei quali è invece ravvisabile una presa di distanza sul piano psicologico dall'esito del proprio agire⁴¹⁶.

La volontà dell'evento viene quindi desunta dalla considerazione che il soggetto ha del bene tutelato e delle pretese dell'ordinamento, nella sua sensibilità rispetto alle esigenze della vita associata, piuttosto che essere delineata come modalità di realizzazione del fatto diversa dalla colpa con previsione in forza della massima signoria sul decorso degli accadimenti di cui la condotta dolosa dovrebbe essere

⁴¹⁵ FORTE, *Ai confini tra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1999, p. 249. DI LORENZO, *I limiti tra dolo e colpa*, cit., p. 85. V. anche PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 270; BRAMANTE, *Sviluppi giurisprudenziali in tema di dolo eventuale*, in *Ind. pen.* 1995, p. 734.

⁴¹⁶ Cfr. CERQUETTI, op. ult. cit., p. 253; PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 365.

espressione. Il soggetto, infatti, così come nella condotta colposa, non supera lo stato di dubbio circa l'operatività nel caso concreto del rischio attivato con il suo comportamento; l'imputazione delle conseguenze non avviene in maniera diversa rispetto alla colpa con previsione, in quanto in entrambi i casi ci si accontenta della consapevole attivazione di un pericolo. L'oggetto della volontà è costruito sulla base della sola norma di determinazione. Il *discrimen* tra i due coefficienti psichici è ancorato, invece, alla malvagità dell'atteggiamento del reo e, quindi, ad una valutazione di maggiore intensità della colpevolezza da retribuire o della pericolosità individuale da neutralizzare⁴¹⁷. La pena più elevata non trova la sua ragion d'essere nel più intenso legame tra il soggetto e l'evento, ma nel diverso atteggiamento nei confronti della regola di comportamento.

2. Il criterio basato sull'accettazione del rischio

Secondo un'altra impostazione la componente volontaristica che caratterizza il dolo eventuale e che consente di distinguerlo dalla colpa con previsione consiste nell'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento previsto come possibile o probabile effetto della condotta⁴¹⁸.

L'accettazione del rischio viene ritenuta una connotazione tipica di tutte le forme di dolo, essendo riscontrabile anche nel dolo diretto. La persona che si determina ad una certa condotta pur prevedendo con certezza il verificarsi di un effetto vietato

⁴¹⁷ Illuminanti al riguardo le considerazioni di MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore*, cit., p. 68 in relazione alla teoria dell'indifferenza di Engisch: "secondo l'illustre autore, l'essenza della colpevolezza va vista in una mancanza di sentimento sociale, ossia di interesse verso la realizzazione della fattispecie e verso l'adempimento del dovere giuridico; più precisamente ancora, si tratta di una mancanza di riguardo, ossia di una indifferenza rispetto al realizzarsi della fattispecie; e la divergenza fra dolo e colpa è solo quantitativa, dipendente cioè dal diverso grado di indifferenza, essendo il dolo aggravato da una rappresentazione della portata della propria condotta la quale non è stata idonea a trattenere il soggetto dal compierlo". Cfr. anche MALINVERNI, *Gli stati affettivi nella nozione del dolo*, cit., pp. 365-366.

Il criterio discrezionale è peraltro equivoco rispetto alla funzione politico-criminale cui esso dovrebbe assolvere. Si fa infatti notare (PROSDOCIMI, op. ult. cit., p. 43) che non sempre la speranza di evitare la produzione dell'evento ha ragioni genuinamente altruistiche, giacché l'evento collaterale potrebbe avere conseguenze sfavorevoli al reo. L'imprenditore che ponga in commercio prodotti adulterati, ad esempio, può ben desiderare che non si verifichino danni all'integrità fisica dei consumatori; ma tale speranza può trovare la sua ragion d'essere nel desiderio egoistico di non andare incontro a difficoltà legali o di non compromettere il buon nome dell'azienda. Quindi, anche nell'ottica di una valutazione della personalità dell'agente e della sua sensibilità verso i valori sociali, la speranza nel non verificarsi dell'evento potrebbe non avere quel carattere decisivo che le si attribuisce.

⁴¹⁸ GALLO, *Il dolo*, cit., pp. 214 e ss.; ID., voce *Dolo*, cit., pp. 790 e ss.

dall'ordinamento, infatti, dimostra di preferire alla rinuncia all'azione l'evento ad essa conseguente, così accollandosene la responsabilità quasi allo stesso modo che se l'avesse cagionato intenzionalmente. In questi casi l'assimilazione del dolo diretto al dolo intenzionale è fondata sulla constatazione che chi vuole un certo risultato vuole anche le conseguenze ad esso inevitabilmente connesse⁴¹⁹. “Volere” sta dunque per “è giusto che sia trattato come se avesse realmente voluto le conseguenze inevitabilmente connesse con il risultato preso di mira”⁴²⁰.

Ebbene, lo stesso atteggiamento di accettazione del rischio viene rinvenuto nelle ipotesi in cui il soggetto agisce prevedendo il risultato della sua condotta come effetto possibile o probabile. Se malgrado la previsione la persona si determina all'azione, vuol dire che ha accettato il rischio del verificarsi dell'evento. Infatti, qualora avesse voluto sottrarsi al rischio e non avesse acconsentito al verificarsi dell'evento, si sarebbe astenuta dall'agire. Fin quando l'agente non supera lo stato di dubbio indotto dalla previsione dell'evento, il rimprovero che gli viene mosso non è l'aver agito con imprudenza o negligenza, bensì quello di essersi volontariamente determinato ad una condotta senza essere convinto del fatto che l'evento non si sarebbe prodotto⁴²¹. La ricostruzione sembra prospettare che il concetto di “accettazione del rischio” non sia dotato di propria autonomia rispetto agli elementi “previsione” e “scelta di agire”: il dolo eventuale sarebbe, quindi, strutturalmente caratterizzato da questi ultimi due elementi, in quanto l'accettazione del rischio viene ritenuta automaticamente sussistente in presenza della scelta di agire nonostante la previsione dell'evento⁴²².

La nota caratterizzante della colpa con previsione viene invece rinvenuta nella certezza negativa, ovvero nella convinzione (ancorché erronea) che l'evento nel

⁴¹⁹ V. GALLO, *Il dolo*, cit., p. 215.

⁴²⁰ GALLO, *Il dolo*, loc. ult. cit.

⁴²¹ GALLO, voce *Dolo*, cit., p. 792. Si vedano anche FIANDACA-MUSCO, cit., pp. 328 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 324; TASSI, *Il dolo*, cit., p. 5; RIZ, *Lineamenti di Diritto Penale. Parte Generale*, Padova 2006, p. 259.

⁴²² DI SALVO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Cass. pen.* 2003, p. 1938.

caso concreto non si produrrà⁴²³. Occorre cioè che l'agente, rispetto agli eventi previsti come possibili e non intenzionalmente perseguiti, passi da una "previsione della possibilità" di realizzazione dell'evento ad una "previsione negativa" o "controprevisione". Si ha insomma colpa con previsione là dove l'agente, rappresentatosi originariamente la possibilità di realizzazione di un evento, giunga tuttavia ad escludere tale possibilità nel caso concreto, sostituendo l'iniziale rappresentazione con la convinzione che l'evento non si verificherà ed operando così una rimozione della stessa dalla sfera della propria coscienza. In presenza di detta convinzione, giusta o sbagliata che sia, l'evento non è riconducibile alla sfera psicologica della volizione: l'atteggiamento dell'agente esprime piuttosto negligenza, trascuratezza, avventatezza o leggerezza, tipiche della condotta colposa⁴²⁴.

Nell'accettazione del rischio si sostanzierebbe la componente volitiva necessaria ai fini della configurabilità del dolo in base alla formula prevista dall'art. 43 c.p., nonché il *quid pluris* del dolo eventuale rispetto alla colpa con previsione. La teoria in questione tenta quindi di valorizzare l'elemento volitivo: posto che l'elemento rappresentativo è comune al dolo eventuale ed alla colpa con previsione, il profilo differenziale viene individuato in un atteggiamento interiore del soggetto, ritenuto assimilabile sul piano normativo alla vera e propria volizione del fatto⁴²⁵.

⁴²³ GALLO, *Il dolo*, cit., pp. 220-222. Si vedano anche PECORARO ALBANI, *Il dolo*, cit., pp. 358 e ss.; FIORE, *Diritto penale parte generale*, vol. I, Torino 1993, p. 264; CONTENTO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Bari 1996, p. 147; FIANDACA-MUSCO., op. loc. ult. cit., ove viene riportato l'esempio di scuola dell'automobilista il quale, violando la norma del codice stradale che impone di non superare i limiti di velocità e di tenere una condotta di guida prudente, spinge il suo autoveicolo ad elevata andatura in una strada urbana semideserta, prevedendo la possibilità che, in caso di attraversamento della strada da parte di pedoni, egli riuscirebbe comunque ad evitare l'investimento facendo uso della propria abilità di conducente. In tal caso la previsione del pericolo resta nella coscienza del soggetto in una dimensione astratta, proprio perché il soggetto la rimuove.

⁴²⁴ Per una esauriente descrizione della teoria in esame, pur con note critiche, si veda DI SALVO, op. ult. cit., p. 1935. L'Autore fa l'esempio del soggetto il quale lancia una pietra contro un gruppo di persone che lo abbiano provocato, prevedendo la possibilità di causare effetti lesivi e colpendo effettivamente una di esse. Si avrebbe dolo eventuale nell'ipotesi in cui l'agente non fosse giunto ad escludere la possibilità di ferimento, mentre si configurerebbe colpa cosciente qualora l'agente avesse posto in essere la condotta nella convinzione di non ferire nessuno, confidando nella propria abilità.

⁴²⁵ L'accettazione del rischio è concepita come "presa sul serio" della possibilità prevista, accompagnata dalla "consapevole scelta" di "agire al costo di provocare l'evento": in questo atteggiamento psicologico

Va peraltro segnalato che oltre alla formulazione della distinzione basata sulla dicotomia accettazione del rischio/fiducia che l'evento non si verificherà ve ne sono altre espresse con terminologie differenti le quali, tuttavia, non mutano l'assetto sostanziale della teoria. Così, ad esempio, in luogo di "accettazione del rischio" vengono sovente utilizzate espressioni quali "presa sul serio del rischio", "agire a costo di (provocare l'evento)", "mettere in conto la realizzazione della fattispecie", "calcolare la realizzazione della fattispecie", le quali, a ben vedere, costituiscono semplici parafrasi o variazioni sul tema⁴²⁶.

L'impostazione descritta è forse quella maggiormente utilizzata in giurisprudenza per la definizione dei concetti di dolo eventuale e colpa con previsione.

Si afferma infatti che la linea di demarcazione tra dolo eventuale e colpa con previsione va individuata nel diverso atteggiamento psicologico dell'agente il quale, nel primo caso, accetta il rischio che si realizzi un evento diverso non direttamente voluto, mentre nella seconda ipotesi, nonostante l'identità di prospettazione, respinge il rischio, confidando nella propria capacità di controllare l'azione. Comune è, pertanto, la previsione dell'evento, mentre ciò che diverge è l'accettazione o l'esclusione del rischio relativo⁴²⁷. La pronuncia, peraltro, oltre ad evidenziare che le due forme di elemento soggettivo sono caratterizzate da un profilo rappresentativo identico, sottolinea anche l'importanza dell'alternatività o accessorietà dell'evento realizzato rispetto all'evento perseguito: solo in quest'ultimo caso sarebbe configurabile dolo eventuale. La struttura della fattispecie realizzata con dolo eventuale si caratterizzerebbe insomma per un comportamento tendente ad un determinato scopo, tramite il quale viene tuttavia realizzato un evento diverso dallo scopo perseguito, in rapporto di accessorietà rispetto a quest'ultimo. L'accettazione del rischio di verificazione dell'evento presupporrebbe sempre un atteggiamento psichico di questo tipo; al contrario, andrebbe esclusa

dovrebbe ravvisarsi un elemento prossimo alla vera e propria presa di posizione di volontà. V. LATTANZI-LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. II, Milano 2010, p. 328.

⁴²⁶ CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 67-70.

⁴²⁷ Cass. pen. 10 ottobre 1996, n° 11024, rv. 207333.

sempre nel caso in cui l'evento effettivamente realizzato, nella prospettiva dell'agente, fosse in rapporto di alternatività o contrarietà rispetto allo scopo perseguito⁴²⁸.

Sulla stessa linea, anche se con terminologia differente, si è affermato che il fondamento dell'imputazione dolosa, nel dolo eventuale (nel quale l'attributo eventuale non concerne il dolo -che deve sussistere-, ma il risultato possibile -per l'appunto eventuale- cui il dolo si riferisce) va ravvisato nell'accettazione da parte dell'agente della possibilità dell'evento, sia pure come risultato accessorio rispetto allo scopo della sua condotta. Qualora l'agente abbia, invece, escluso tale possibilità, confidando di poterla evitare, si versa nella colpa cosciente che, se è caratterizzata dalla previsione dell'evento, postula che questo non sia stato voluto, né accettato nell'ipotesi che si verifichi⁴²⁹.

Altre sentenze richiamano la terminologia incentrata sul "comportamento a costo di provocare/determinare" l'evento. Così, risponderebbe a titolo di dolo eventuale "l'agente che, pur non volendo l'evento, accetta il rischio che esso si verifichi come risultato della sua condotta, comportandosi anche a costo di determinarlo"⁴³⁰.

Conformemente all'opinione dottrinale cui le pronunce si ispirano, la colpa cosciente viene invece ritenuta configurabile ove l'agente abbia posto in essere la condotta trovandosi in una situazione psichica caratterizzata dalla rimozione della

⁴²⁸ Nel caso di specie l'imputato, dopo aver sorpreso una persona che, aiutata da complici, cercava d'introdursi attraverso una finestra nella sua abitazione e dopo avere sparato contro i ladri -nel frattempo datsi alla fuga-, era sceso in strada alla loro ricerca e, raggiuntili, aveva di nuovo esploso dei colpi, attingendo alla testa uno dei fuggitivi. La Corte d'Assise d'Appello aveva derubricato il reato da omicidio volontario in omicidio colposo aggravato dalla previsione dell'evento, alla luce del comportamento tenuto dall'imputato, concretizzatosi in un lungo inseguimento, nell'esplosione di ben nove colpi in direzione dei fuggiaschi a distanza più ravvicinata, nell'intenzione espressa di volere costringere i ladri a fermarsi per catturarli. La Cassazione, in particolare, ha posto l'accento sul fatto che lo scopo dell'agente fosse unicamente quello di indurre i fuggitivi a fermarsi, per cui l'uccisione di uno di essi avrebbe rappresentato un risultato non accessorio, bensì contrario rispetto allo scopo da lui perseguito: ragion per cui non poteva ritenersi provata l'accettazione del rischio. Peraltro l'imputato era un abile tiratore ed il fatto che egli non avesse precedentemente colpito i fuggitivi, neanche da distanza ravvicinata, è stato ritenuto indizio dell'assenza di volontà di produzione dell'evento "morte".

⁴²⁹ Cass. pen. 3 giugno 1993, n° 7382, rv. 195270

⁴³⁰ Cass. pen. 24 luglio 2008, n° 40878, rv. 241984; Cass. pen. 17 settembre 2008, n° 44712, rv. 242610; Cass. pen. 23 ottobre 1997, n° 2587, rv. 210075; Cass. pen. 12 gennaio 1989, n° 4912, in *Giust. pen.* 1990, 2, pp. 69 ss.; Cass. pen. 17 ottobre 1986, n° 13274, in *Cass. pen.* 1988, p. 441.

previsione positiva dell'evento, o dalla sicura fiducia che esso non si sarebbe verificato⁴³¹. In altre occasioni, la Corte di Cassazione ha addirittura sostenuto che il limite del dolo eventuale sarebbe costituito dalla certezza che l'evento oggetto di rappresentazione da parte dell'agente non si verificherà, sicché la semplice rappresentazione della possibilità di realizzazione dello stesso (ovviamente accompagnata dalla decisione di agire malgrado ciò) sarebbe sufficiente per configurare il dolo eventuale⁴³².

La teoria dell'accettazione del rischio è senza dubbio quella ad oggi maggiormente applicata in giurisprudenza e maggiormente accreditata in dottrina (sia italiana che d'oltralpe)⁴³³, tanto che si potrebbe parlare quasi di ricorso ormai tradizionale a tale teoria nella prassi⁴³⁴. Essa, come si è visto, individua la distinzione fra dolo eventuale e colpa cosciente nella dicotomia accettazione del rischio/sicura fiducia che l'evento non si verificherà. Quest'ultima condizione psicologica darebbe luogo alla colpa con previsione; la situazione di dubbio, invece, ove non superata o rimossa radicherebbe inevitabilmente il dolo eventuale.

L'impostazione ha ricevuto numerose critiche.

⁴³¹ In questo senso, ad esempio, è stato ritenuto colposo, sebbene con l'aggravante della previsione, il comportamento di un soggetto sieropositivo, il quale aveva contagiato la moglie tramite rapporti sessuali non protetti, nonostante fosse consapevole del proprio stato di sieropositività, nonché delle modalità di contagio. Secondo i giudici di legittimità l'imputato, a causa del suo modesto livello culturale ed in considerazione del fatto che lui stesso aveva goduto per anni di condizioni di salute sommariamente buone, avrebbe rimosso psicologicamente l'eventualità del contagio e della conseguente possibilità di decesso della moglie. Il tutto avrebbe, quindi, escluso l'elemento volitivo necessario ai fini della sussistenza del dolo, configurando invece la colpa aggravata dalla previsione dell'evento. V. Cass. pen. 14 giugno 2001, n° 30425, rv. 219952. Si veda anche DI SALVO, op. ult. cit., pp. 1933-1934.

La colpa con previsione in luogo del dolo eventuale è stata ravvisata anche nel comportamento di un automobilista, il quale aveva condotto in modo imprudente e spericolato un'autovettura, agendo tuttavia nella convinzione che non si sarebbero verificati eventi lesivi grazie alle sue abilità di guidatore (Cass. pen. 10 febbraio 2009, n° 13083, rv. 242979).

⁴³² Cass. pen. 17 marzo 1980, n° 5786, rv. 145219.

⁴³³ CANESTRARI, op. ult. cit., p. 66.

⁴³⁴ In questo senso, *ex plurimis*, CANESTRARI S., *La definizione legale di dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2001, p. 919; EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 1088; VENEZIANI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Studium iuris*, 2001 p. 72; FORTE, *Ai confini fra dolo e colpa*, cit., pp. 255 e ss.; PAGLIARO, *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (In tema di dolo eventuale, dolus in re ipsa ed errore su legge penale)*, in *Cass. pen.*, 1991, 2, p. 322; LATTANZI-LUPO, op. ult. cit., p. 325 (ove si parla, in realtà, di tendenziale adesione alla teoria dell'accettazione del rischio).

Il radicamento della colpa con previsione nella convinzione negativa circa il verificarsi dell'evento non trova infatti supporto adeguato nel dato normativo. La formula della "sicura fiducia che l'evento non si verificherà" postula infatti una rimozione della rappresentazione positiva dell'evento, laddove l'art. 61, n. 3., c.p., nel rapportare l'aggravamento di pena all'aver agito nonostante la previsione dell'evento, richiede per la configurabilità della circostanza la persistenza della rappresentazione positiva nel momento in cui viene realizzata la condotta. L'elemento previsionale (inteso come rappresentazione positiva dell'evento) è comune al dolo eventuale ed alla colpa cosciente; il puro stato di dubbio, quindi, se non esclude l'esistenza del dolo, neppure può dirsi sufficiente ad integrarlo⁴³⁵. In sostanza, se la "previsione negativa", da un lato, esclude il dolo, dall'altro non si armonizza neppure con la colpa cosciente, essendo con essa incompatibile⁴³⁶. Lo stato di dubbio non è quindi decisivo ai fini dell'identificazione del dolo, essendo compatibile, se non addirittura necessario, per la configurabilità della colpa con previsione⁴³⁷.

Da ciò consegue che l'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento è prevista dal legislatore come elemento caratterizzante anche della colpa con

⁴³⁵ PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., pp. 24 e ss. Non potrebbe escludere il dolo il semplice accantonamento del dubbio, trattandosi di un espediente psicologico al quale l'agente potrebbe ricorrere piuttosto agevolmente per vincere le remore ad agire. Del resto -aggiunge l'Autore-, ancorando la colpa alla rimozione del dubbio, l'aggravamento di pena stabilito per la previsione dell'evento troverebbe il suo fondamento nell'errore di valutazione in cui è incorso il reo circa lo sviluppo causale della sua condotta. Questa conclusione è tuttavia assurda tanto in una prospettiva retributiva, quanto in una prospettiva specialpreventiva, atteso che determinerebbe un trattamento sanzionatorio più grave per chi ha riflettuto sulle possibili conseguenze della condotta, anziché per colui il quale, in maniera del tutto sventata, non si sia posto alcun interrogativo sulla pericolosità del suo agire (v. op. ult. cit., in particolare pp. 25-27). Cfr. anche DI SALVO, op. ult. cit., p. 1944.; G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 136; PECORARO ALBANI, *Il dolo*, cit., p. 385.

Osservazioni di questo genere, peraltro, erano già state effettuate da DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano 1976, pp. 433 e ss., ove tra l'altro si legge: "quando [...] l'agente, pur essendo consapevole della pericolosità astratta dell'azione, ritiene in conseguenza di un giudizio alogico, e perciò appunto colpevole, che nel singolo caso il risultato non si avrà a verificare, non è possibile parlare di dolo. Ma non è forse neppure il caso di parlare di colpa cosciente, perché, in questi casi, la coscienza della pericolosità dell'azione è stata sopraffatta dal convincimento che, in quella singola ipotesi, il risultato non avesse a verificarsi, e tanto vale non prevedere un effetto quanto prevedere che l'effetto non si verifichi".

⁴³⁶ G.A. DE FRANCESCO, op. ult. cit., p. 137.

⁴³⁷ PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., p. 29. Cfr. anche PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 388-389.

previsione, essendo essa in qualche modo implicita in ogni condotta posta in essere senza il superamento dello stato di dubbio. Una delle connotazioni della colpa, l'imprudenza, consiste proprio nell'assunzione di un rischio eccessivo. La negligenza, d'altro canto, si sostanzia nell'aver agito con indolenza, con inerzia della volontà. In questi casi la decisione di agire con la consapevolezza della pericolosità del proprio comportamento implica *ex se* l'assunzione del rischio. Proprio questa osservazione, peraltro, consente di spiegare la maggiore gravità della colpa con previsione: alla difformità del comportamento assunto dall'agente rispetto agli *standard* richiesti dal rispetto delle regole cautelari, infatti, si aggiunge un coefficiente psicologico che palesa una più intensa adesione del soggetto al fatto, pur senza stravolgere l'essenza del reato colposo⁴³⁸.

Più o meno sulla stessa linea si muovono gli sviluppi dottrinali i quali evidenziano che, comunque, la formula dell'accettazione del rischio è divenuta una sorta di clausola di stile, la quale identificherebbe in realtà i connotati della colpa cosciente. Si evidenzia infatti che chi agisce con la consapevolezza della violazione di una regola cautelare, accetta necessariamente il rischio che detta regola cautelare mirava ad evitare⁴³⁹. Il vasto ricorso giurisprudenziale alla teoria in questione parrebbe dovuto al fatto che essa, potendo tendenzialmente comprendere sia l'ambito del dolo eventuale che quello della colpa cosciente, è molto adatta ad utilizzi discrezionali, consentendo l'imputazione a titolo di dolo eventuale in ogni caso in cui sarebbe configurabile l'imputazione a titolo di colpa cosciente⁴⁴⁰. Sicché l'individuazione del *discrimen* tra i due coefficienti soggettivi sarebbe di fatto affidata all'intuizione del giudice, oppure dipenderebbe dalla variabilità delle esigenze politico-criminali⁴⁴¹.

⁴³⁸ PROSDOCIMI, op. ult. cit., pp. 36-42.

⁴³⁹ EUSEBI, *Appunti*, cit., pp. 1088-1089. Nello stesso senso anche PAGLIARO, *Discrasie*, cit., p. 322; FORTE, *Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2000, p. 823.

⁴⁴⁰ EUSEBI, op. ult. cit., p. 1089.

⁴⁴¹ PROSDOCIMI, *Considerazioni su dolo eventuale e colpa con previsione*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano 1996, p. 171, secondo il quale la teoria dell'accettazione del rischio costituisce uno schermo "comodo e pericoloso", dietro il quale "si avverte l'eco di teorie diverse, cui

Si sostiene ancora che la teoria condurrebbe ad un eccessivo ampliamento della sfera di attribuzione della responsabilità per dolo. Si giungerebbe, infatti, ad imputare a titolo di dolo eventuale qualsiasi evento previsto dall'agente e causalmente connesso alla sua condotta, anche in ipotesi di previsione di probabilità medio-bassa, o di mera possibilità. L'esito viene ritenuto inconcepibile nell'ottica di un diritto penale costituzionalmente orientato e basato sul principio di personalità della responsabilità penale (art. 27 Cost.)⁴⁴².

Ci si chiede inoltre se l'accettazione del rischio possa davvero essere ascritta alla sfera della volontà dell'agente. Infatti, con riferimento alle forme non intenzionali di dolo, l'unica situazione psicologica riconducibile alla sfera della volontà dovrebbe essere quella del soggetto che realizza la condotta avendo la pratica certezza di provocare l'evento. Non sarebbe invece riconducibile al concetto di volontà la mera accettazione del rischio, là dove intesa come scelta di agire a fronte della rappresentazione di coefficienti di probabilità di realizzazione dell'evento inferiori rispetto a livelli prossimi alla certezza. In tali casi "agire a costo di provocare un evento" è in realtà proprio l'esatto contrario che "volere l'evento"⁴⁴³. Accettare il

il giudice sembra affidarsi sulla scorta di criteri di carattere intuitivo o di inconfessate ed incontrollate istanze di carattere politico criminale"; ID., *Dolus eventualis*, cit., p. 19.

⁴⁴² V. DI SALVO, op. ult. cit., pp. 1939-1940: "[...]l'imputazione alla volontà del reo dell'intero ventaglio di accadimenti riconducibili eziologicamente al suo operato e da lui previsti -quale che sia il grado di probabilità con cui, nel suo orizzonte previsionale, essi si siano profilati- non sembra potersi effettuare se non a prezzo di una degradazione del dolo a mera *fictio juris*". Emblematici sono, inoltre, gli esempi addotti dall'Autore al fine di porre in evidenza l'eccessiva dilatazione della sfera della responsabilità per dolo a scapito della sfera della preterintenzione: "Si pensi ancora al caso di chi, trovandosi su un sentiero accidentato e disseminato di pietre, dia, nel contesto di un alterco, una spinta ad altra persona. L'eventualità che il soggetto passivo, a seguito della spinta, perda l'equilibrio e cada su una pietra, procurandosi lesioni al cranio che ne provochino la morte, non è certamente tale da poter essere prevista dal reo in termini di certezza o di elevata probabilità. Tuttavia essa, appartenendo comunque all'ambito del concretamente accadibile -e non certo del remoto-, non può non essersi affacciata nella mente del reo. [...] dovrebbe pervenirsi alla conclusione, evidentemente incongrua, che, essendosi l'evento-morte prospettato come possibile, nell'ottica dell'agente, questi dovrebbe rispondere di omicidio volontario a titolo di dolo eventuale, e non di omicidio preterintenzionale". La preoccupazione di un eccessivo ampliamento dell'ambito del dolo eventuale è espressa anche da PECORARO ALBANI, op. loc. ult. cit.

⁴⁴³ DI SALVO, op. ult. cit., pp. 1938-1939, ove viene riportato l'esempio del soggetto che appicchi il fuoco ad un edificio, non con il fine di uccidere, bensì con il fine riscuotere fraudolentemente l'importo dell'assicurazione. Si sostiene che, qualora dall'incendio derivi la morte di un soggetto paralitico che si trovava all'interno dell'edificio, e che l'agente sapeva essere all'interno dell'edificio ed essere paralitico, sarebbe ravvisabile un atteggiamento psicologico assimilabile alla volontà. Non altrettanto potrebbe invece dirsi qualora la vittima sia un soggetto giovane ed in grado di porsi agevolmente in salvo, là dove non sia riuscito a farlo a causa di una caduta provocata dalla foga del momento: in tal caso l'evento "morte" si

rischio|| non significa altro che rischiare ed è un comportamento riconducibile all'imprudenza o alla temerarietà, non certo al dolo⁴⁴⁴. A ben vedere la colpevolezza per l'accettazione di un rischio non consentito corrisponde alla colpevolezza propria del reato colposo⁴⁴⁵.

Ancora, si è posto l'accento sul fatto che, mentre la formula dell'accettazione del rischio configura quale oggetto del dolo -appunto- il rischio, in realtà l'oggetto di rappresentazione e volontà dovrebbe essere rappresentato dall'evento lesivo e non dal mero rischio di realizzazione dello stesso⁴⁴⁶.

Prendendo spunto da questa osservazione è agevole formulare critiche di carattere sistematico alla teoria in esame, alla luce dell'impostazione sostenuta nel capitolo precedente. Anche nel concetto di accettazione del rischio è infatti evidente la trasfigurazione del nesso psichico con l'evento nel rapporto tra il soggetto e l'imperativo comportamentale e, quindi, la costruzione del dolo eventuale quale manifestazione di colpevolezza, in funzione di una prospettiva di retribuzione o di prevenzione generale.

L'oggetto del dolo viene individuato nel pericolo di produzione di un certo risultato. Esso è dunque costruito sulla base del contenuto della norma di determinazione, in quanto la volontà dell'evento è desunta dalla consapevolezza delle caratteristiche oggettive della condotta tenuta, seguita dalla decisione di porre ugualmente in essere detta condotta. La fattispecie incentrata sulla produzione dell'evento naturalistico, ai fini dell'imputazione soggettiva, si trasforma in reato di

sarebbe prospettato all'agente in un'ottica di scarsa probabilità, e non sarebbe quindi ascrivibile alla sua sfera volitiva. Cfr. anche DI LORENZO, *I limiti tra dolo e colpa*, cit., p. 90; PECORARO ALBANI, *Il dolo*, cit., pp. 352, 354, 360.

⁴⁴⁴ DE MARSICO, *Coscienza e volontà nella nozione di dolo*, cit., p.152.

⁴⁴⁵ PAGLIARO, *Discrasie*, cit., p. 322; ID. *Principi*, cit., p. 276.

⁴⁴⁶ V. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 167 (ove si parla di "accettazione dell'evento"), p. 320 (ove l'Autore, nell'espone le proprie considerazioni in ordine alle modalità tramite le quali dovrebbe essere effettuata una eventuale riforma della definizione di dolo, afferma di ritenere opportuno il mantenimento del tradizionale concetto di accettazione, il quale dovrebbe essere, tuttavia, riferito specificamente al fatto, all'evento di danno e non semplicemente al rischio di produzione dell'evento stesso); ID., *La definizione legale del dolo*, cit., p. 943; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale.*, Milano 2009, p. 281. Cfr. anche PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 352.

pericolo, sicché il risultato della condotta è imputato al soggetto accontentandosi di un atteggiamento psicologico tipico dei reati di pericolo. La particolare qualificazione del legame tra l'agente ed il prodotto della sua condotta richiesta dall'espressione "conseguenza" non rientra nell'oggetto del dolo, in quanto, ai fini della forma eventuale del coefficiente di imputazione in esame, è ritenuta sufficiente la volontà dell'evento quale "conseguenza" soltanto possibile. Il dubbio in cui versa l'agente circa gli effetti della condotta, che alla luce della nozione di volizione dell'evento come conseguenza da noi proposta dovrebbe condurre all'esclusione del dolo, per difetto della prova della consapevolezza circa l'operatività del rischio attivato nel caso concreto, viene invece accollato al reo, mediante una ricostruzione della struttura del dolo eventuale che consente di superare il difetto di imputazione.

In questa prospettiva il fondamento della sanzione a titolo di dolo non è riconducibile alla coscienza del dominio causale sul decorso degli accadimenti e, quindi, alla particolare modalità di realizzazione della fattispecie prevista dall'art. 43 c.p., in quanto il reo non ha compiuta percezione degli sviluppi della sua condotta. Piuttosto, va individuato nell'atteggiamento che egli dimostra di avere nei confronti dell'imperativo comportamentale scolpito dall'ordinamento per scongiurare il verificarsi di eventi del tipo di quello prodottosi. Il concetto di dolo viene fondato su un obbligo di desistenza dall'azione⁴⁴⁷. Ove l'agente con il suo agire esprima volontà di correre il rischio, il suo atteggiamento è di aperto contrasto con l'imperativo ed il rimprovero che gli si muove consiste nel non essersi deliberatamente attenuto alla pretesa prevista nella norma. La responsabilità a titolo di dolo trova giustificazione politico-criminale tanto in una prospettiva retributiva (l'atteggiamento sprezzante del pericolo e della norma che mira ad evitarlo merita sanzione adeguata), quanto in una prospettiva di prevenzione generale (occorre punire per sottolineare l'intollerabilità di comportamenti pericolosi) o di prevenzione speciale di tipo negativo (il reo dimostra di essere pericoloso, in quanto disinteressato alle cautele richieste dall'ordinamento a tutela dei beni giuridici). Al

⁴⁴⁷ V. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 357.

contrario, ove egli abbia agito con la sicura fiducia del non verificarsi dell'evento, il rimprovero troverebbe fondamento pur sempre in un atteggiamento di non adeguata ponderazione dei possibili effetti della propria condotta e, quindi, di sottovalutazione del pericolo.

3. Le formule di Frank

Si debbono all'elaborazione del penalista tedesco Reinhard Frank due formule piuttosto note, finalizzate alla prova del dolo eventuale⁴⁴⁸. In verità la prima formula -lo si evince da una precisazione dello stesso Frank- originariamente mirava ad offrire una definizione del dolo eventuale nel suo contenuto sostanziale. Solo in una elaborazione successiva l'Autore ne ridimensionò la portata, precisando che si trattava soltanto di un criterio probatorio⁴⁴⁹.

Quanto alla prima formula, si sostiene che, in presenza della previsione dell'evento come possibile conseguenza della condotta, si configura il dolo eventuale ove si accerti che (o "qualcosa corrispondente al fatto che"⁴⁵⁰) il soggetto avrebbe agito ugualmente se avesse avuto la certezza di provocare l'evento, in quanto detta certezza non sarebbe stata un motivo contrastante adeguato a farlo desistere dalla condotta⁴⁵¹. Ove, invece, si accerti che il soggetto non avrebbe agito, se avesse avuto certezza del prodursi dell'esito indiretto dell'azione finalizzata a scopi diversi dall'evento, si verserebbe nell'ambito della colpa cosciente. In tale evenienza non si potrebbe più parlare di volontà, seppure intesa in termini estensivi, ma soltanto di sconsideratezza⁴⁵².

La seconda formula, invece, abbandonata la struttura di giudizio ipotetico insita nella prima formula, risulta maggiormente incentrata su un'esigenza definitoria. Il

⁴⁴⁸ DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.* 2010, 7/8, pp. 2559-2560, in relazione a FRANK, *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, in *ZStW*, 1890, pp. 211-217.

⁴⁴⁹ CERQUETTI, *Il dolo*, cit., p. 265; DONINI, op. ult. cit., p. 2560.

⁴⁵⁰ DONINI, op. ult. cit., p. 2570.

⁴⁵¹ V. PECORARO ALBANI, *Il dolo*, cit., pp. 336-337; GALLO, *Il dolo*, cit., p. 219; DONINI, op. ult. cit., p. 2560; PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., pp. 9-10; CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 47.

⁴⁵² DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 321.

rimprovero di colpevolezza colpisce l'agente solo se egli si rappresenta l'evento come sicuro, o se l'evento era indifferente per la formazione del suo volere, là dove previsto come probabile o possibile. In altre parole, il dolo eventuale si identifica nella condotta dell'agente il quale si pone nei riguardi delle conseguenze della sua condotta con l'atteggiamento di chi dice a se stesso "può accadere o non accadere; può succedere o non succedere; in ogni caso, io agisco"⁴⁵³.

La consapevolezza che le formule di Frank costituiscono semplici criteri probatori e non definizioni del dolo eventuale e della colpa con previsione⁴⁵⁴ spinge ad andare oltre gli aspetti da esse posti in luce, evidenziando quale atteggiamento psicologico esse in realtà sottendano⁴⁵⁵.

Combinando le due formule, si potrebbe dire che si ha dolo eventuale quando l'agente è determinato ad agire "costi quel che costi", a qualunque costo. Si tratterebbe di una consapevole, meditata accettazione del rischio del verificarsi dell'evento⁴⁵⁶. Non è un caso che ad esse si faccia richiamo nell'ambito della teoria c.d. "del consenso": il dolo eventuale si configurerebbe in presenza di un atteggiamento dell'agente rivelatore del "consenso", dell'"approvazione", ovvero dell'"accettazione con approvazione" della lesione del bene giuridico⁴⁵⁷, cioè di una presa di posizione nei confronti dell'evento previsto come esito possibile della

⁴⁵³ DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione*, cit., p. 2560; PROSDOCIMI, op. ult. cit., p. 10; PECORARO ALBANI, op. loc. ult. cit.

⁴⁵⁴ DONINI, op. ult. cit., p. 2561; si veda anche la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione oggetto del commento dell'Autore (26 novembre 2009-30 marzo 2010, n° 12433, in Cass. Pen. 2010, 7-8, pp. 2548 e ss.), nella quale si sostiene la configurabilità del delitto di ricettazione con dolo eventuale in relazione al presupposto della condotta costituito dalla provenienza illecita del bene, con un richiamo alla prima formula di Frank quale criterio di verifica dell'atteggiamento psicologico del reo.

⁴⁵⁵ Cfr. PROSDOCIMI, op. ult. cit., p. 12; CANESTRARI, op. ult. cit., p. 47; PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 337, ove si fa rilevare che lo stesso Frank era perfettamente consapevole della funzione esclusivamente probatoria e non descrittiva della prima formula da lui elaborata. Un richiamo alle formule di Frank viene fatto anche da VANNINI, *Poche parole ma chiare parole*, cit., p. 43, il quale le considera un valido strumento per accertare il dolo eventuale. Quest'ultimo viene ravvisato nell'aver agito, avendo previsto l'evento come probabile o possibile, anche a costo di cagionarlo. Colui che invece ha previsto l'evento come probabile o possibile, ma ha agito nella speranza ed a seguito della speranza del non verificarsi di esso risponderà a titolo di colpa.

⁴⁵⁶ PROSDOCIMI, op. ult. cit., p. 10.

⁴⁵⁷ CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 45-47.

condotta⁴⁵⁸⁴⁵⁹. Il dato caratterizzante del dolo eventuale viene individuato quindi in una particolare approvazione interiore della realizzazione dell'evento da parte dell'agente⁴⁶⁰.

Il comportamento doloso non andrebbe visto nella sua portata rigidamente naturalistica, sottendendo, piuttosto, un calcolo utilitaristico, lato sensu economico, che il reo instaura tra il risultato perseguito e gli aspetti collaterali della finalità per la quale si è determinato all'azione⁴⁶¹. Le formule di Frank valorizzano quindi la distinzione fra “voler rischiare”, o “voler agire (rischiando)”, e “volere l'evento”, conferendo a quest'ultima espressione un significato assiologico, rivelatore dell'atteggiamento del soggetto nei riguardi del bene giuridico⁴⁶² ed espressivo del denominatore comune delle forme di dolo, ovvero la volontà dell'offesa⁴⁶³.

Nei casi in cui invece mancasse una siffatta adesione interiore e, per contro, l'agente nutrisse una ferma speranza nella sua non verificazione, dovrebbe concludersi per l'esistenza della colpa cosciente⁴⁶⁴: se l'agente ha rifiutato l'evento, avendo fiducia o sperando che esso non si sarebbe verificato, ove la speranza del non verificarsi dell'evento fu decisiva per la realizzazione dell'azione, non potrebbe parlarsi di dolo eventuale. Ove, invece, vi fossero i presupposti per sostenere che il

⁴⁵⁸ GALLO, op. ult. cit., p. 219; ARDIZZONE, *Condotte finalisticamente orientate e forme di colpevolezza*, in *Studi in onore di Giovanni Musotto*, II, Palermo 1981, p. 70; ID., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano 1993, p. 273.

⁴⁵⁹ GALLO, op. loc. ult. cit.

⁴⁶⁰ Cfr. FIANDACA-MUSCO, op. ult. cit., p. 330. Si veda anche EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., p. 174, in relazione alla tesi di KÜPER, *Vorsatz und Risiko. Zur Monographie von Wolfgang Frisch*, in *GA* 1987, pp. 479 e ss., per il quale la condotta compiuta con dolo eventuale si connota per una preferenza orientativa dell'agente, che dà preminenza al suo interesse immediato e non al rischio percepito. Sempre EUSEBI, op. ult. cit., p. 178 descrive anche la tesi di VON HIPPEL, *Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum*, in *AA.Vv., Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, A.T., Band-Berlin 1908, p. 156, per il quale la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente risiederebbe nel fatto che nel primo l'agente valuterebbe il realizzarsi dell'evento illecito con maggior favore della rinuncia ai propri interessi.

⁴⁶¹ PROSDOCIMI, op. ult. cit., p. 11.

⁴⁶² Cfr. FORTE, *Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2000, pp. 837-838.

⁴⁶³ Cfr. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 313.

⁴⁶⁴ V. LICCI, *Dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, p. 1505, e G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 120. Si veda anche BATTAGLINI, *Volontà e rappresentazione nei delitti dolosi secondo il nuovo codice penale*, in *Riv. pen.* 1931 p. 94.

soggetto avrebbe agito ugualmente, pur nella convinzione della necessaria produzione dell'evento, l'eventuale speranza del non verificarsi di esso non avrebbe alcuna importanza per la decisione ad agire ed il dolo risulterebbe senz'altro integrato⁴⁶⁵.

Alla prima formula di Frank sono state mosse numerose critiche, tese ad evidenziare l'inconciliabilità di essa con il dolo inteso come coefficiente psicologico effettivo e la mancanza di attitudine probatoria dell'atteggiamento del reo nei riguardi dell'evento verificatosi.

Si è osservato che, postulando la formula in esame la necessità di effettuazione di un giudizio ipotetico circa il comportamento che sarebbe stato tenuto dall'agente qualora egli avesse avuto certezza di realizzazione dell'evento, essa sarebbe difficilmente utilizzabile sul piano processuale in tutti i casi in cui l'agente, di fronte alla certezza di provocare l'evento, ritenendo l'evento intenzionalmente perseguito e l'evento collaterale quasi equivalenti, avrebbe avuto forti perplessità nel decidere. La formula sarebbe agevolmente fruibile soltanto nel caso in cui gli interessi coinvolti fossero palesemente incommensurabili, non anche ove tale incommensurabilità fosse mancante⁴⁶⁶.

Si è posto inoltre in evidenza che l'accertamento del dolo dovrebbe essere effettuato avendo riguardo non già ad un atteggiamento ipotetico), bensì all'effettivo atteggiamento dell'agente nel caso concretamente verificatosi⁴⁶⁷. Anzi, la valutazione *a posteriori* del comportamento che avrebbe tenuto l'agente qualora avesse avuto la certezza di realizzazione dell'evento potrebbe risultare addirittura fuorviante. Infatti, posto che assume importanza soltanto ciò che l'agente ha *voluto* al momento della realizzazione della condotta, la considerazione di come l'agente si

⁴⁶⁵ PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 332 e 333.

⁴⁶⁶ PROSDOCIMI, op. ult. cit., p. 13.

⁴⁶⁷ CANESTRARI, op. ult. cit., p. 48. V. anche ROMANO, *Commentario*, loc. cit.; PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 336; CERQUETTI, op. ult. cit., p. 266.

Ad avviso di GALLO, op. ult. cit., p. 220, la sostituzione dell'effettiva presa di posizione del soggetto nei confronti del possibile verificarsi dell'evento con quella ipotetica della certezza sposta e complica il problema dell'accertamento del dolo. Infatti, da un lato non offre un criterio alla cui stregua valutare come si sarebbe comportato l'agente se fosse stato sicuro del verificarsi dell'evento; dall'altro, invece della prova di un accadimento reale, esige quella di un accadimento ipotetico, indubbiamente più complessa.

sarebbe comportato se avesse avuto la certezza di realizzazione dell'evento non varrebbe a porre luce il suo atteggiamento psicologico al momento della condotta⁴⁶⁸. La formula potrebbe quindi al più costituire uno degli ausili (tra gli altri; non l'unico) volti a conferire praticabilità ai criteri dell'accettazione del rischio o dell'accettazione/volizione dell'evento, non già un parametro decisivo ai fini della prova dell'elemento soggettivo⁴⁶⁹.

Pertanto l'applicazione della prima formula di Frank condurrebbe ad escludere il dolo eventuale nell'ipotesi in cui la realizzazione dell'evento collaterale, seppur messa in conto dall'agente, avrebbe rappresentato il fallimento del piano perseguito dall'agente stesso, ovvero fosse in parziale o totale antagonismo con tale piano⁴⁷⁰.

Ci si domanda, inoltre, se la prima formula di Frank non “richieda troppo”: infatti, neppure per il dolo intenzionale può dirsi che l'agente avrebbe posto in essere la condotta anche se avesse avuto la certezza di realizzazione della fattispecie penale tipica. Piuttosto, ragionando *a posteriori* ed in considerazione del risultato effettivamente realizzato, si potrebbe sostenere che numerose decisioni della vita, assunte anche intenzionalmente, non sarebbero state ripetute; la circostanza, tuttavia, non vale ad escludere la connotazione di intenzionalità del comportamento⁴⁷¹.

Infine, la ricerca della volontà ipotetica è inevitabilmente basata sull'esame della personalità del reo, dalla quale dovrebbe emergere fin dove egli sarebbe stato capace di arrivare per soddisfare i suoi interessi e, quindi, quali siano la sua capacità a delinquere e la soglia di insensibilità al bene offeso dall'evento non intenzionale.

⁴⁶⁸ DONINI, op. loc. ult. cit.

GALLO, op. loc. ult. cit., evidenzia come la formula potrebbe peraltro condurre a risultati sbagliati. Infatti, quand'anche si giunga a ritenere che l'individuo non avrebbe agito se avesse previsto l'evento in termini di certezza, non per questo potrebbe sostenersi che egli versi in colpa cosciente e non in dolo eventuale. L'elemento decisivo per il *discrimen*, insomma, non è il modo in cui una persona si sarebbe comportata in condizioni diverse da quelle effettivamente sussistenti al momento dell'azione, bensì il modo in cui essa ha preso concretamente posizione di fronte alle circostanze presenti al momento della decisione di agire.

⁴⁶⁹ DONINI, op. loc. ult. cit.

⁴⁷⁰ V. PROSDOCIMI, op. ult. cit., p. 13, il quale riporta l'esempio della causazione, tramite sevizie, della morte della persona dalla quale si intendeva ottenere informazioni. Nello stesso senso, CANESTRARI, op. ult. cit., p. 48 e CERQUETTI, op. ult. cit., p. 268.

⁴⁷¹ DONINI, op. ult. cit., p. 2570.

Il giudice viene chiamato a valutare non il fatto, ma l'autore di esso, ovvero il suo modo di essere nei riguardi delle pretese dell'ordinamento. Dinanzi a scelte d'azione basate sul presupposto della previsione del possibile verificarsi dell'evento, infatti, accertare cosa avrebbe fatto l'agente se avesse avuto la certezza del prodursi dell'evento è possibile soltanto con un giudizio sul grado di indifferenza e spregiudicatezza del soggetto, ovvero basando la verifica su sue note caratteriali⁴⁷². Vi è dunque un ampliamento dell'oggetto del giudizio di colpevolezza in direzione di un dolo d'autore: la caratteristica del dolo tende ad identificarsi nell'atteggiamento interiore di "disprezzo", di "noncuranza", di "mancanza di scrupoli" o "mancanza di riguardi" nei confronti di beni giuridici⁴⁷³.

La seconda formula di Frank, essendo incentrata sulla descrizione di un atteggiamento psicologico reale⁴⁷⁴, induce senz'altro minori perplessità rispetto alla prima formula di Frank. Essa, in effetti, rappresenta una parafrasi delle definizioni basate sul consenso alla lesione del bene giuridico e sull'accettazione con approvazione della lesione stessa. Le critiche cui si espone sono pertanto identiche a quelle di carattere sistematico formulabili nei confronti delle teorie del consenso variamente denominate.

Al riguardo risulta evidente, alla luce delle considerazioni svolte nel capitolo precedente, la trasfigurazione del nesso psichico con l'evento nel rapporto tra il soggetto e l'imperativo comportamentale e, quindi, la costruzione del dolo eventuale quale manifestazione di colpevolezza, piuttosto che di modalità di realizzazione di un fatto.

L'essenza del coefficiente psichico in esame viene infatti individuata nel particolare atteggiamento del soggetto agente rispetto alle possibili conseguenze della condotta. Il suo comportamento esprime mancanza di sentimento sociale: egli, approvando e ritenendo desiderabile il verificarsi dell'evento, compie un calcolo

⁴⁷² V. MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore*, cit., p. 113; PROSDOCIMI, op. ult. cit., p. 14; PECORARO ALBANI, op. ult. cit., p. 336 e BETTIOL, *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, 1938, p. 56, ove si fa presente che per tal via si finisce coll'introdurre una vera e propria presunzione di dolo.

⁴⁷³ PROSDOCIMI, op. ult. cit., p. 14.

⁴⁷⁴ Cfr. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 337-338.

utilitaristico tipico della colpevolezza dolosa, subordina le sorti del bene giuridico ai propri interessi e rifiuta coscientemente di determinarsi ad un prudente comportamento conforme alle pretese dell'ordinamento. Lo stesso atteggiamento non è invece ravvisabile in chi agisca con la ferma speranza della non verificazione dell'evento, in quanto la rimozione psicologica della prospettiva del possibile prodursi dell'evento esclude la configurabilità di quei sentimenti antisociali che connotano la scelta di tenere una certa condotta compiuta con dolo eventuale.

La volontà dell'evento viene quindi desunta dalla considerazione che il soggetto ha del bene tutelato e delle pretese dell'ordinamento, nella sua sensibilità rispetto alle esigenze della vita associata, piuttosto che essere delineata come modalità di realizzazione del fatto diversa dalla colpa con previsione in forza della massima signoria sul decorso degli accadimenti di cui la condotta dolosa dovrebbe essere espressione. Il soggetto, infatti, così come nella condotta colposa, non supera lo stato di dubbio circa l'operatività nel caso concreto del rischio attivato con il suo comportamento; l'imputazione delle conseguenze non avviene in maniera diversa rispetto alla colpa con previsione, in quanto in entrambi i casi ci si accontenta della consapevole attivazione di un pericolo. L'oggetto della volontà è costruito sulla base della sola norma di determinazione. Il *discrimen* tra i due coefficienti psichici è ancorato, invece, alla malvagità dell'atteggiamento del reo e, quindi, ad una valutazione di maggiore intensità della colpevolezza da retribuire o della pericolosità individuale da neutralizzare, laddove i sentimenti che accompagnano il comportamento dovrebbero assumere rilevanza soltanto nell'ambito della commisurazione della pena e non anche ai fini dell'accertamento del dolo⁴⁷⁵. La pena più elevata non trova la sua ragion d'essere nel più intenso legame tra il soggetto e l'evento, ma nel diverso atteggiamento nei confronti della regola di comportamento posta a tutela dei beni giuridici.

La prima formula di Frank è stata recentemente rivalutata⁴⁷⁶, sebbene nell'ambito di un'impostazione che identifica l'essenza del dolo con l'intenzione, ovvero con la

⁴⁷⁵ Cfr. CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 46-47.

considerazione della prospettiva della produzione dell'evento previsto come conseguenza della condotta quale causa psichica della determinazione ad agire⁴⁷⁷.

Il dolo eventuale potrebbe essere concepito solo come concetto normativo, non anche descrittivo di un effettivo atteggiamento psicologico. L'unico concetto descrittivo di dolo compatibile con l'accezione comune della volontà, intesa come scopo che guida la condotta, sarebbe dato dal "dolo intenzionale", mentre le ulteriori forme di dolo sarebbero equiparate dal legislatore al dolo intenzionale, in quanto ritenute meritevoli di trattamento analogo⁴⁷⁸.

Partendo dalla constatazione dell'inidoneità del criterio dell'accettazione del rischio ai fini della descrizione del dolo eventuale, in quanto anche la colpa cosciente sarebbe caratterizzata da un atteggiamento di questo tipo, si sostiene che la possibilità di assimilare la condotta posta in essere senza la certezza del verificarsi dell'evento e senza che quest'ultimo rappresentasse l'obiettivo-causa psichica dell'azione a quella realizzata intenzionalmente sussiste soltanto ove si possa affermare che l'agente, *ceteris paribus*, avrebbe agito anche se fosse stato certo di produrre il risultato. In sostanza il dolo eventuale consisterebbe in un determinato stato mentale del soggetto agente, disposto ad agire anche di fronte ad un mutamento dei fattori rilevanti per la decisione, quale il passaggio dalla possibilità alla certezza del verificarsi dell'evento⁴⁷⁹. Il dolo eventuale si identificherebbe così nell'atteggiamento psicologico dell'agente il quale consideri che, per la realizzazione del proprio fine intenzionale, "valga la pena" di "pagare il prezzo" consistente nella lesione dei beni giuridici posti in pericolo dalla condotta posta in essere in vista del perseguimento del fine intenzionale. In tal senso, il soggetto si determinerebbe ad agire "ad ogni costo" e non desisterebbe dalla condotta neppure di fronte alla certezza della realizzazione dell'evento; opererebbe

⁴⁷⁶ V. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., pp. 175 e ss.; ID. *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, pp. 1080 e ss.

⁴⁷⁷ EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., pp. 134 e ss.

⁴⁷⁸ In tal senso, EUSEBI, *Appunti*, cit., p. 1092; PAGLIARO, *Discrasie*, cit., p. 323.

⁴⁷⁹ EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., pp. 176-177.

cioè con un atteggiamento psicologico sintetizzabile nell'affermazione “(l’evento) avvenga pure”⁴⁸⁰.

L’illustre Autore sostiene che l’effettuazione di un giudizio ipotetico al fine di verificare la sussistenza di un elemento del reato non costituirebbe un’anomalia nel sistema penale, posto che una valutazione di questo tipo viene comunemente utilizzata ai fini dell’accertamento del nesso causale in base al criterio della *conditio sine qua non*⁴⁸¹.

Alla critica per la quale l’applicazione della prima formula di Frank condurrebbe all’esclusione (non condivisibile) del dolo là dove la realizzazione dell’evento accessorio configuri il fallimento dell’obiettivo intenzionalmente perseguito dall’agente, viene replicato che tale “punto debole” è superabile mediante un correttivo. Si avrebbe dolo eventuale qualora l’agente non avrebbe desistito dalla condotta se avesse avuto la certezza che, dopo la realizzazione del fine intenzionale, si sarebbe concretizzato l’evento accessorio⁴⁸².

Infine, si osserva il criterio del consenso alla lesione del bene giuridico rischia di non produrre risultati univoci se non viene concretizzato mediante la prima formula di Frank⁴⁸³. Tale mancanza di univocità dipenderebbe dalla “contiguità” fra le figure del dolo diretto e del dolo eventuale, entrambe caratterizzate dal fatto che l’agente realizza la condotta perseguendo un fine intenzionale ed essendo tuttavia disposto a “pagare il prezzo” consistente nella realizzazione di un evento collaterale non intenzionalmente perseguito. La differenza tra tali forme di dolo consisterebbe nella componente nell’accertamento della “disponibilità a pagare il prezzo”. Essa, nel caso del dolo diretto, si evincerebbe dalla certezza di realizzazione dell’evento stesso, percepita *ex ante* dal soggetto agente; nel caso del dolo eventuale, invece,

⁴⁸⁰ EUSEBI, *Appunti*, cit., p. 1089.

⁴⁸¹ A tale osservazione replica CERQUETTI, op. ult. cit., p. 269, evidenziando la differenza sostanziale fra verifica di un “rapporto” (qual è il rapporto di causalità) e verifica di uno “stato” (cioè, in questo caso, la volontà).

⁴⁸² EUSEBI, op. loc. ult. cit.

⁴⁸³ EUSEBI, op. ult. cit., pp. 1090-1091.

andrebbe accertata, in mancanza della previsione in termini di certezza, applicando la prima formula di Frank⁴⁸⁴.

Non sembra tuttavia che questa impostazione consenta di superare le perplessità suscitate dalla prima formula di Frank e le incongruenze sistematiche sottolineate con riguardo alle teorie del consenso.

Va innanzitutto osservato che essa di fatto propone l'identificazione della volontà con il movente, essendo incentrata sulla valutazione della causa psichica dell'azione. Ciò comporta che il dolo venga individuato sulla base delle motivazioni della scelta di tenere una determinata condotta e, quindi, nella subordinazione delle esigenze di tutela del bene giuridico ai propri interessi effettuata dal soggetto agente, alla stessa stregua di quanto argomentano le sopra indicate teorie del consenso.

In secondo luogo, il ricorso alla prima formula di Frank ripropone la problematicità della sostituzione di un coefficiente psicologico reale con un atteggiamento soltanto ipotetico. Non vale infatti obiettare che in ambito penale una valutazione analoga viene comunemente effettuata ai fini dell'accertamento del nesso causale in base al criterio della *conditio sine qua non*. Invero, il ragionamento controfattuale nella verifica del rapporto di causalità rappresenta un espediente per l'accertamento di una relazione effettiva tra due fattori. Al contrario, con riguardo al dolo eventuale, viene chiaramente sottolineato che lo stato mentale del soggetto agente si caratterizza per la disponibilità ad agire anche di fronte ad un mutamento dei dati rilevanti per la decisione, quale il passaggio dalla possibilità alla certezza del verificarsi dell'evento. Esso viene quindi fondato sull'accertamento di un comportamento non effettivo, ovvero quello che il soggetto avrebbe tenuto in una situazione circostanziale diversa da quella effettivamente verificatasi.

Le modalità con le quali l'Autore ritiene che debba essere compiuto l'accertamento del dolo eventuale fanno poi emergere la prospettiva sistematica nella quale si colloca l'elaborazione teorica. Egli osserva infatti che il giudizio controfattuale su cui si fonda la verifica di quel particolare atteggiamento di

⁴⁸⁴ EUSEBI, op. loc. ult. cit.

incondizionatezza dell'agire caratterizzante il dolo eventuale va operato, alla stessa stregua di quel che accade a proposito della causalità, mediante il ricorso a massime di esperienza. Quelle utili allo scopo sarebbero fondate sull'assunto per cui, nelle medesime condizioni, gli uomini "di un certo tipo" si comportano ordinariamente allo stesso modo. Si tratta dunque di individuare massime le quali ricolleghino ai dati situazionali e personali che hanno accompagnato la condotta dell'agente l'insufficienza del fattore rappresentato dalla certezza di produrre l'illecito a controbilanciare la ragione per agire costituita dalla prospettiva che nel caso concreto ha dato causa alla condotta⁴⁸⁵. È ben evidente che l'accertamento viene ancorato all'analisi delle caratteristiche personologiche dell'autore, dalle quali dovrebbe emergere fin dove egli sarebbe stato capace di spingersi per soddisfare i suoi interessi. L'atteggiamento doloso viene quindi individuato sulla base del grado di indifferenza e spregiudicatezza del soggetto e del suo modo di essere nei riguardi delle pretese dell'ordinamento, ovvero della capacità a delinquere e della soglia di insensibilità al bene offeso dall'evento non intenzionale. Il legame psichico con l'evento viene trasfigurato nell'atteggiamento del reo nei confronti delle esigenze di tutela promananti dall'ordinamento, rilevando nella misura in cui ritenuto espressivo di malvagità da retribuire o di antisocialità da neutralizzare.

4. Alla ricerca di un *quid pluris* rispetto alla mera accettazione del rischio

Constatata l'insufficienza del riferimento all'accettazione del rischio quale criterio per distinguere dolo eventuale e colpa con previsione, dato che entrambe le figure sono caratterizzate dal medesimo profilo intellettuale e che una componente di accettazione del rischio è ravvisabile in qualsiasi scelta di agire nonostante la prefigurazione delle conseguenze della condotta e, quindi, anche nella colpa con previsione⁴⁸⁶, ci si è sforzati di individuare il *quid pluris* necessario perché possa configurarsi il dolo eventuale. Si sostiene così che il *discrimen* andrebbe ravvisato

⁴⁸⁵ EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., pp. 180-183.

⁴⁸⁶ PAGLIARO, *Discrasie*, cit., p. 116; ID., *Principi*, cit., p. 277; FIANDACA-MUSCO, op. ult. cit., p. 321.

nella diversità delle modalità psicologiche con le quali il rischio viene accettato, ovvero nella fisionomia e nella struttura dell'accettazione del rischio⁴⁸⁷.

La distinzione tra le due figure potrebbe essere tracciata adeguatamente soltanto cogliendo la logica normativa alla base del trattamento penale differenziato di dolo e colpa: ciò che deve essere considerato “già doloso” o “ancora colposo” può essere stabilito soltanto alla luce della *ratio* dell'accentuata incriminazione dei comportamenti dolosi⁴⁸⁸.

Ebbene, la maggiore meritevolezza di pena della condotta dolosa rispetto a quella colposa non dipenderebbe dalla circostanza che il reo abbia considerato le conseguenze della propria condotta, bensì dalla ponderata scelta di agire a seguito di tale valutazione. Il soggetto, infatti, inserendo la violazione del diritto nei calcoli utilitaristici per la realizzazione del suo progetto, manifesta un'elevata ostilità nei confronti dei valori tutelati dall'ordinamento giuridico, perfettamente in linea con la logica normativa dell'accentuata incriminazione del dolo rispetto alla colpa⁴⁸⁹. Il dolo, rispetto alla colpa, esprime un gradino superiore di partecipazione interiore all'accadimento esteriore dell'illecito: il reo doloso non solo offende il bene giuridico, ma al contempo rinnega la norma che lo tutela⁴⁹⁰. Il fondamento della maggior punibilità della realizzazione dolosa rispetto a quella colposa non viene ravvisato più nella componente emotiva che accompagna la determinazione ad agire, bensì nella più intensa minaccia per i beni giuridici e nel “rapporto rovesciato” dell'agente doloso nei confronti delle norme poste dall'ordinamento, rispetto al quale il reinserimento del reo nella vita di relazione appare più complesso, presupponendo “un'inversione normativa” rispetto ai valori considerati nella scelta di agire⁴⁹¹.

⁴⁸⁷ V. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., pp. 45 e ss.; ID., voce *Reato doloso*, cit., p. 244; VENEZIANI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, loc. ult. cit.

⁴⁸⁸ HASSEMER, *Caratteristiche del dolo*, cit., p. 487.

⁴⁸⁹ CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 71.

⁴⁹⁰ HASSEMER, op. ult. cit., p. 489.

⁴⁹¹ CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 71 e 73; HASSEMER, op. ult. cit., p. 490.

Così, premesso che l'agire con la previsione della possibilità dell'offesa non presa direttamente di mira dal soggetto è situazione comune al dolo eventuale ed alla colpa cosciente, l'atteggiamento doloso viene ravvisato nella "decisione personale per la possibile violazione del bene giuridico". Il dolo eventuale, condividendo le caratteristiche dell'atteggiamento doloso in generale, sarebbe ravvisabile ove il soggetto agente abbia preso sul serio il rischio degli esiti lesivi della condotta, considerando l'offesa possibile quale costo dell'azione preventivato e messo in conto, in quanto tale rientrante nel fuoco della sua decisione. Egli, risolvendosi ad agire nel dubbio anche a costo di determinare il prodursi dell'evento, verserebbe in dolo ove abbia riflettuto sull'offesa ed abbia deciso per il suo possibile verificarsi⁴⁹².

All'impostazione viene riconosciuto il merito della sintesi tra componente cognitiva e componente volitiva nell'ambito di un concetto comune alla responsabilità dolosa "diretta" ed "indiretta" e la capacità di dimostrare che il dolo eventuale presenta tutti i contrassegni tipici delle altre forme di dolo, espressivi di quel "dominio o potere sul fatto" caratteristico dell'agire doloso. Essa, inoltre, chiarisce definitivamente che la distinzione tra dolo eventuale e colpa con previsione va ravvisata sul piano della volontà e non della sola rappresentazione o delle caratteristiche oggettive del rischio; al contempo però ribadisce che il concetto di dolo va preservato da contaminazioni legate alla sfera intima del soggetto agente e descritto mediante il riferimento a contrassegni derivanti dalla situazione esteriore. Ne consegue un ulteriore merito: la qualificazione del dolo eventuale come "decisione" dischiude una prospettiva di indagine che non si fonda più sulla netta separazione tra definizione del dolo ed accertamento. Soltanto gli "indicatori" desumibili dall'avvenimento esterno consentono di accedere all'interiorità del soggetto per valutare se vi sia stata detta decisione; essi, quindi, contribuiscono

⁴⁹² PECORARO ALBANI, *Il dolo*, cit., pp. 285-289; G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., pp. 122 e 123 (in relazione a ROXIN, *Zur abgrenzung von bedingtem vorsatz und bewusster fahrlässigkeit*; ID. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*); CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 70 e ss.

inevitabilmente a modellare la definizione del dolo eventuale in funzione della sua concreta applicabilità nella pratica processuale⁴⁹³.

Nello stesso solco concettuale si colloca la teoria che ritiene configurabile il dolo eventuale soltanto ove il reo abbia accettato il rischio del verificarsi dell'evento all'esito di una valutazione con la quale egli ha deliberatamente subordinato un determinato bene giuridico ad un altro. Il soggetto, prospettandosi un fine da raggiungere ed avendo ben chiaro il nesso causale che potrebbe intercorrere fra la condotta necessaria per il conseguimento di tale fine e la lesione di un bene giuridico, agisce con dolo eventuale quando opera un bilanciamento, una valutazione comparata degli interessi in gioco che lo porta a preferire il suo interesse a quello il cui sacrificio rappresenta il prezzo per raggiungere il risultato perseguito⁴⁹⁴.

La stretta correlazione esistente tra il risultato intenzionalmente perseguito e l'evento collaterale, coscientemente collegato dall'agente al conseguimento del fine

⁴⁹³ CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 73, 74 e 75; HASSEMER, op. ult. cit., pp. 496 e ss. È chiaro quindi che l'impostazione, se, da un lato, determina il superamento della tendenza ad identificare il dolo sulla base delle caratteristiche oggettive del comportamento, dall'altro richiama aspetti quali la probabilità elevata, la rappresentazione della verificabilità concreta, la mancata adozione di contromisure, la schermatura del rischio in funzione della prova della decisione per la possibile lesione del bene giuridico. Essendo impossibile un'analisi diretta della psiche del soggetto, l'elemento volitivo deve essere ricavato necessariamente mediante un procedimento induttivo (eccezion fatta per l'ipotesi, alquanto improbabile, della "confessione" dell'imputato il quale, in sede processuale, ammetta di aver *voluto* l'evento); resta il fatto che non c'è una corrispondenza automatica fra dolo eventuale e le suddette caratteristiche oggettive del comportamento.

Una notevole valorizzazione dei profili oggettivi legati alla consapevole attivazione di un livello di rischio non più tollerato viene ravvisata da EUSEBI op. ult. cit., pp. 84 e ss. e CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 59 e ss. nell'elaborazione di FRISCH, *Vorzat und Risiko*, Köln-Berlin-Bonn-München 1983, p. 192 e ss., sebbene essa avvenga per esigenze di prova del nesso di imputazione e non di definizione concettuale dello stesso. L'essenza del dolo, anche eventuale, viene infatti individuata comunque nella decisione per una condotta contrastante con i criteri comportamentali indicati dall'ordinamento, ravvisabile ogni volta che il soggetto si determina ad agire nell'incertezza personale sulle conseguenze della condotta, muovendo dalla realistica possibilità di realizzazione del risultato. La decisione contro il bene giuridico non ricorrerebbe invece nella colpa con previsione, ove la condotta è posta in essere senza avvertire la concreta sussistenza del rischio, ovvero negandola, non prestandovi attenzione o agendo nella fiducia di un esito favorevole. In tal modo non vi sarebbe più alcun bisogno di ricercare ulteriori profili volitivi nell'ambito del dolo, dato che la loro funzione sarebbe espressa in maniera compiuta dall'agire malgrado la consapevolezza del rischio connesso alla condotta.

⁴⁹⁴ PROSDOCIMI, op. ult. cit., pp. 32-33. V. anche DEMURO, *Il dolo*, Milano 2010, pp. 16 e ss. Considerazioni analoghe si trovavano già in DELITALIA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 447, secondo il quale "alcune volte, per raggiungere il risultato desiderato, l'agente è costretto a produrne anche un secondo, che può essergli indifferente o addirittura spiacevole", ed "ove ciò accada, anche il secondo risultato deve considerarsi voluto, e voluto ab initio [...] in concreto perché l'agente di fronte all'eventualità di non cagionarlo, rinunciando allo scopo perseguito, o di cagionarlo per conseguire il risultato desiderato, ha optato per quest'ultima".

proposti, risulterebbe in perfetta armonia con il tenore letterale dell'art. 43 c.p., nella parte in cui qualifica il reato doloso come un fatto realizzato “secondo l'intenzione” del reo. L'evento collaterale, accettato dal soggetto nella maniera indicata, in tal modo risulterebbe effettivamente “secondo l'intenzione”, dato che l'espressione utilizzata non avrebbe lo scopo di restringere il campo del coefficiente di imputazione in esame al solo dolo intenzionale, ma farebbe piuttosto riferimento alla struttura finalistica dell'azione umana⁴⁹⁵. A ben vedere, peraltro, non si tratta tanto di una differente modalità psicologica di accettazione del rischio, bensì di un'accettazione avente un oggetto diverso, rappresentato non già dal rischio o pericolo, bensì dal danno quale prezzo possibile di un risultato desiderato⁴⁹⁶. Nella colpa cosciente, invece, l'accettazione del rischio non avverrebbe alla luce di una deliberazione con la quale l'agente subordini le sorti del bene giuridico al perseguimento del proprio fine, bensì per imprudenza o negligenza.

L'assetto teorico che distingue dolo eventuale e colpa cosciente sulla base dell'atteggiamento psicologico sotteso all'accettazione del rischio è stato recentemente posto a fondamento di una decisione della Corte di Cassazione in tema di reati da sinistro stradale⁴⁹⁷.

L'imputato, alla guida di un furgone rubato, procedendo ad altissima velocità e dopo aver oltrepassato una serie di semafori rossi, senza aver rispettato un ulteriore semaforo rosso si era scontrato con due automobili, provocando la morte di uno degli occupanti delle automobili ed il ferimento di altri occupanti di esse; il tutto in

⁴⁹⁵ PROSDOCIMI, op. ult. cit., p. 33.

⁴⁹⁶ PROSDOCIMI, op. ult. cit., pp. 34 e ss., 47. L'Autore osserva inoltre che un'impostazione di questo genere conserverebbe coerenza anche nell'ipotesi in cui l'evento collaterale rappresenti il fallimento del risultato perseguito dall'agente, non essendo tale situazione incompatibile con la configurabilità di una deliberazione fondata su un giudizio di bilanciamento di beni giuridici. Infine, una ricostruzione di questo genere non comporterebbe neppure l'incompatibilità fra dolo eventuale e dolo d'impeto, posto che la valutazione prospettata come necessaria ai fini del dolo eventuale può benissimo essere effettuata anche in pochi istanti, ferma restando la rilevanza probatoria di una valutazione più meditata in quanto protrattasi nel tempo.

⁴⁹⁷ Cass. Pen., Sez. I, 1 febbraio 2011 (dep. 15 marzo 2011), n° 10411, in www.penalecontemporaneo.it; la pronuncia è esaminata da AIMI, *Fuga dalla polizia e successivo incidente stradale con esito letale: la Cassazione ritorna sulla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente*, sempre in www.penalecontemporaneo.it; ZECCA, *Dalla colpa cosciente al dolo eventuale: un'ipotesi di omicidio e lesioni personali “stradali” in una recente sentenza della Corte di Cassazione*, in www.penalecontemporaneo.it; è commentata anche, in senso adesivo, da SANTOLOCI, *La Suprema Corte finalmente riconosce il dolo eventuale per i killer al volante*, in www.dirittoambiente.net.

condizioni di traffico particolarmente intenso, a tal punto che la stessa volante della polizia, postasi all'inseguimento del furgone, aveva ritenuto opportuno desistere ed optare per un controllo a distanza.

I giudici di primo grado avevano affermato la sussistenza del dolo, richiamando il criterio tradizionale dell'accettazione del rischio: secondo i giudici le circostanze in cui era stata posta in essere la condotta erano tali da indicare univocamente che l'imputato si era rappresentato di poter cagionare, con il proprio comportamento, incidenti con esiti letali e ne aveva accettato il rischio, non desistendo dalla propria condotta pur di sottrarsi al controllo della polizia. La Corte di Appello aveva riformato la sentenza di primo grado, affermando la sussistenza della colpa grave, in considerazione del fatto che nella sentenza impugnata l'elemento rappresentativo e quello volitivo del dolo erano stati desunti esclusivamente dalla gravità del grado di colpa insito nella condotta tenuta dall'imputato, laddove poteva sostenersi che il reo avesse agito avendo accantonato il dubbio sulla possibile verifica dell'evento.

I giudici di legittimità, nell'annullare con rinvio la sentenza di secondo grado, criticano l'eccessiva valorizzazione del momento rappresentativo effettuata da parte dei giudici di appello a discapito dell'analisi del momento volitivo, sostenendo che essi avevano desunto l'assenza di rappresentazione "sulla base di valutazioni astratte e presuntive", "prescindendo dall'esame di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie tipica -condotta, evento e nesso di causalità materiale- quali emergenti dallo specifico caso concreto" e desumendo "la configurabilità della colpa aggravata dalla previsione dell'evento sulla base di mere congetture", ovvero senza una "compiuta analisi di tutti i dati conoscitivi acquisiti".

Quanto alla nozione di dolo eventuale alla quale il giudice del rinvio avrebbe dovuto far riferimento, la Corte osserva che "dall'interpretazione letterale dell'art. 61, comma 1, n. 3, [...] si evince che la previsione deve sussistere al momento della condotta, e non deve essere stata sostituita da una non previsione o controprevisione, come quella implicita nella rimozione del dubbio. [...] Una qualche accettazione del rischio sussiste tutte le volte in cui si deliberi di agire, pur senza avere conseguito la sicurezza soggettiva che l'evento previsto non si verificherà. Il semplice accantonamento del dubbio, quale stratagemma mentale

[...] per vincere le remore ad agire, non esclude di per sé l'accettazione del rischio, ma comporta piuttosto la necessità di stabilire se la rimozione stessa abbia un'obiettivo base di serietà e se il soggetto abbia maturato in buona fede la convinzione che l'evento non si sarebbe verificato. [...] Nel dolo eventuale il rischio deve essere accettato a seguito di una deliberazione con la quale l'agente subordina consapevolmente un determinato bene ad un altro. L'autore del reato, che si prospetta chiaramente il fine da raggiungere e coglie la correlazione che può sussistere tra il soddisfacimento dell'interesse perseguito e il sacrificio di un bene diverso, effettua in via preventiva una valutazione comparata tra tutti gli interessi in gioco – il suo e quelli altrui – e attribuisce prevalenza ad uno di essi. L'obiettivo intenzionalmente perseguito per il soddisfacimento di tale interesse preminente attrae l'evento collaterale [...] che costituisce il prezzo (eventuale) da pagare per il conseguimento di un determinato risultato”⁴⁹⁸. La Corte richiama poi la prima

⁴⁹⁸ Richiami all'impostazione in esame emergono anche in un'altra pronuncia di legittimità in materia di reati da sinistro stradale (Cass. Pen., Sez. IV, 18 febbraio 2010, n. 11222, in dejure.giuffre.it, a commento della quale si può leggere NATALINI, *Accettazione del rischio specifico da parte dell'agente quale presupposto essenziale per ritenere la sussistenza del dolo eventuale*, in *Diritto e Giustizia* 2010, pp. 113 e ss.), sebbene nell'ambito di un ragionamento che in realtà racchiude richiami anche ad altre teorie sul dolo eventuale.

L'imputato era stato condannato in primo grado per omicidio doloso (aveva investito, provocandone la morte, i passeggeri di uno scooter, guidando un'automobile di grossa cilindrata; non aveva la patente di guida, ritiratagli perché tossicodipendente; ad una velocità di 90 km/h aveva oltrepassato un incrocio con il semaforo rosso), mentre la Corte d'Appello aveva riqualificato il fatto come colposo. La Corte di Cassazione conferma la condanna per omicidio colposo, offrendo una nozione di dolo eventuale che, pur ancorata alla teoria dell'accettazione del rischio, la integra mediante riferimenti ad altre impostazioni. Nella motivazione della sentenza viene innanzitutto posto l'accento sulla distinzione fra volontà di trasgressione di regole cautelari e volontà dell'evento: in effetti, il G.u.p. (il procedimento si era svolto con rito abbreviato) aveva desunto la volontà dell'evento “morte” dal fatto che il soggetto aveva consapevolmente commesso gravi violazioni di regole cautelari, creando una situazione pericolosa. La Corte pone l'accento sulla necessità di accertamento effettivo del requisito volitivo e precisa che “il dolo eventuale [...] non può fungere da comoda scorciatoia per presumere un dolo che non si riesce a provare”. Vengono quindi richiamate impostazioni dottrinali, in adesione alle quali si sostiene che il rischio dell'evento può dirsi accettato qualora ricorrano le seguenti condizioni: anzitutto, l'agente deve essersi rappresentato la possibilità positiva del verificarsi dell'evento; inoltre, egli deve permanere nella convinzione, o anche solo nel dubbio, che l'evento possa verificarsi; infine, egli deve persistere nel tenere la propria condotta, nonostante le due condizioni precedenti, agendo anche a costo di provocare l'evento e, in questo senso, accettandone il rischio (v. DONOFRIO, *Alla ricerca del dolo eventuale!*, in *Cass. pen.* 2005, 2, p. 477. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 319). Sulla base di tali premesse, i giudici di legittimità giungono, dunque, alle seguenti conclusioni. Posto che l'elemento rappresentativo è comune a dolo eventuale e colpa cosciente, ai fini dell'inquadramento del dolo eventuale occorre individuare un *quid pluris* rispetto alla colpa cosciente; tale *quid pluris* dovrebbe essere identificato nella componente dell'accettazione del rischio, la quale dovrebbe esprimere l'elemento volitivo. Tuttavia, onde scongiurare la possibilità di trasformazione di reati di evento in reati di pericolo, ciò che deve formare oggetto dell'accettazione non è una situazione generica di rischio o pericolo, bensì proprio l'evento specifico, considerato *hic et nunc*. In sintesi, si configurerà dolo eventuale qualora l'agente, oltre alla previsione della verifica dell'evento (la quale è anche elemento caratteristico della colpa cosciente), abbia accettato proprio l'evento considerato *hic et nunc* e si sia determinato ad agire anche a costo di

formula di Frank come strumento per l'accertamento del coefficiente psicologico sotteso alla condotta, sottolineando che mentre nel dolo eventuale la realizzazione del fatto deve essere accettata psicologicamente dal soggetto, in quanto egli avrebbe agito anche se avesse avuto la certezza del verificarsi del fatto, nella colpa con previsione la rappresentazione come certa del determinarsi del fatto avrebbe trattenuto l'agente⁴⁹⁹.

In un'altra prospettiva, anch'essa legata all'idea per la quale la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente non potrebbe essere ravvisata soltanto nell'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento, in quanto aspetto comune alle due figure, si sostiene che dal punto di vista normativo è "volontà" anche il fatto del soggetto il quale si sia rappresentato l'evento come possibile conseguenza accessoria della propria condotta. Tuttavia, posto che la riprovevolezza per un fatto doloso è maggiore di quella per il fatto colposo, il concetto di dolo eventuale viene foggato in modo da rispondere a questa maggiore riprovevolezza: sarebbe così decisiva la posizione emotiva del reo doloso, il quale opererebbe mosso da un atteggiamento di disprezzo verso quel bene particolare e concreto che viene offeso dall'evento. Il tal modo verrebbe pienamente rispettato il principio di colpevolezza e la *ratio* della maggiore gravità dei delitti dolosi, in quanto la segnalata partecipazione emotiva del soggetto all'evento consente di ritenere la

provocarlo; qualora, invece, l'accettazione sia relativa ad una situazione di mero pericolo generico, si resterà nell'ambito della colpa cosciente, non rilevando ai fini dell'inquadramento del dolo la sola consapevolezza di violazione di regole cautelari e la conseguente coscienza della generica situazione di pericolo connessa a tale violazione. L'accettazione del rischio necessaria alla configurabilità del dolo eventuale viene descritta mediante il richiamo testuale all'impostazione di Prosdocimi: "dolo eventuale si ha quando il rischio viene accettato a seguito di un'opzione, di una deliberazione con la quale l'agente consapevolmente subordina un determinato bene ad un altro".

⁴⁹⁹ La pronuncia della Suprema Corte è alla base della recente e nota sentenza della Corte d'Assise di Torino emessa in data 15 aprile 2011 (dep. 14 novembre 2011) nei confronti di alcuni *manager* della ThyssenKrupp. Il provvedimento richiama la definizione del dolo eventuale basata sulla deliberazione con la quale l'agente subordina consapevolmente un determinato bene ad un altro, concludendo il processo con una condanna per omicidio volontario a carico dell'amministratore delegato della società, la cui politica aziendale è stata ritenuta espressiva di una consapevole decisione per la possibile lesione del bene giuridico, concretizzatasi nella morte di alcuni operai a causa di un rogo sviluppatosi all'interno dello stabilimento. La sentenza è pubblicata nel sito www.penalecontemporaneo.it con interessanti commenti di ZIRULIA, *ThyssenKrupp, fu omicidio volontario: le motivazioni della Corte d'Assise*; DEMURO, *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*; FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*.

riprovevolezza del dolo eventuale equivalente a quella caratteristica delle altre specie di dolo⁵⁰⁰.

Ai fini dell'accertamento del disprezzo l'Autore ripropone criteri che altre teorie pongono a fondamento della distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente. Sostiene che il miglior metodo di verifica dello stato psicologico del soggetto sia costituito dalla prima formula di Frank: se, dall'esame del carattere del reo e dal modo con cui egli ha perseguito il suo fine, risulta che egli avrebbe agito ugualmente anche se avesse previsto l'evento come certo, il dolo sussiste, in quanto il soggetto ha agito in spregio dei beni che ha leso. Altri elementi che potrebbero venire in rilievo sarebbero costituiti dalla fiducia e dalla presunzione di poter dominare il rischio, in quanto chi agisce con la convinzione, ancorché erronea, che l'evento non si verificherà non mostrerebbe quell'atteggiamento di disprezzo verso il bene tutelato necessario per parificare sul piano normativo la sua condotta a quella mossa da dolo intenzionale o diretto⁵⁰¹.

All'esistenza di un particolare *animus* che sorregge la scelta di agire avendo previsto le possibili conseguenze della condotta ancora la distinzione tra dolo e colpa anche un'altra impostazione⁵⁰².

Prendendo le mosse da una visione psicodinamica, per la quale il fenomeno criminoso sarebbe caratterizzato, a livello soggettivo, da una disfunzione della personalità che si manifesta in una carenza di controllo su pulsioni antisociali provenienti dall'inconscio, si sostiene che l'attribuzione soggettiva del reato non sarebbe mai riferibile interamente alla "volontà", bensì ad una assenza di controllo da parte dell'"Io cosciente" sull'inconscio. La distinzione tra dolo e colpa andrebbe quindi rinvenuta nell'atteggiamento assunto da parte dell'"Io cosciente" rispetto al prevalere delle pulsioni sul controllo dell'"Io cosciente" stesso. Qualora l'"Io

⁵⁰⁰ PAGLIARO, *Discrasie*, cit., pp. 116-117; ID., *Principi*, cit., p. 273.

⁵⁰¹ PAGLIARO, op. loc. ult. cit.

⁵⁰² MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore*, cit., pp. 52 e ss., 70; ID., *L'elemento soggettivo nella prospettiva criminologica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1991, pp. 99 e ss.; ID., *Coscienza e volontà nella teoria del dolo*, in *Arch. pen.* 1966, I, pp. 406 e ss.

cosciente” subisca suo malgrado il prevalere di pulsioni antisociali, senza aderirvi e venendo, anzi, “aggirato” da esse, si avrà colpa; il dolo andrebbe invece ravvisato nell’ipotesi in cui l’“Io cosciente” aderisca e consenta al prevalere di pulsioni antisociali, tramite una presa di posizione nella quale si annida la differenziazione essenziale fra dolo e colpa⁵⁰³. Il *quid pluris* del comportamento doloso consisterebbe insomma in un momento di decisione interiore espressivo di una cosciente adesione ai propri impulsi antisociali, laddove nella colpa, in luogo di una componente attiva di distruttività, sarebbe ravvisabile soltanto uno statico difetto di sensibilità sociale⁵⁰⁴.

Lo sfondo sistematico sotteso a queste impostazioni teoriche è davvero molto evidente: anche in esse viene operata, peraltro in maniera esplicita, una trasfigurazione del nesso psichico con l’evento nel rapporto tra il soggetto e l’imperativo comportamentale e, quindi, la costruzione del dolo eventuale quale manifestazione di colpevolezza, piuttosto che quale modalità di realizzazione di un fatto.

Come già segnalato in precedenza, la definizione del dolo come decisione per la possibile lesione del bene giuridico fonda sul presupposto dell’individuazione della *ratio* dell’incriminazione accentuata del reato doloso rispetto a quello colposo. Il dolo, in rapporto alla colpa, rappresenterebbe un gradino di partecipazione interiore all’accadimento esteriore dell’illecito fondato sulla “negazione esplicita dello stato protetto normativamente da una norma del diritto penale da parte dell’individuo che agisce”, ovvero sulla “appropriazione del fatto costitutivo del reato”⁵⁰⁵. L’incriminazione accentuata, quindi, troverebbe giustificazione logica nel fatto che il reo doloso viola non solo il bene giuridico, ma nega al contempo il precetto comportamentale che prescrive di rispettarlo: di questa considerazione del diverso rapporto del reo doloso nei confronti della norma non potrebbe farsi a meno in un

⁵⁰³ MORSELLI, *Il ruolo*, cit., pp. 42-46, 52 e ss. Si veda anche CERQUETTI, op. ult. cit., pp. 124-126.

⁵⁰⁴ MORSELLI, op. ult. cit., p. 70.

⁵⁰⁵ HASSEMER, op. ult. cit., pp. 488-489.

diritto penale basato sui principi di protezione dei beni giuridici e di orientamento dell'autore⁵⁰⁶.

L'essenza del coefficiente psichico viene individuata nel particolare atteggiamento del soggetto agente rispetto alle possibili conseguenze della condotta. Il suo comportamento esprime mancanza di sentimento sociale: egli, decidendo per l'azione, compie un calcolo utilitaristico tipico della colpevolezza dolosa, subordina le sorti del bene giuridico ai propri interessi e rifiuta coscientemente di determinarsi ad un prudente comportamento conforme alle pretese dell'ordinamento.

La volontà dell'evento viene quindi desunta dalla considerazione che il soggetto ha del bene tutelato e delle pretese dell'ordinamento, nella sua sensibilità rispetto alle esigenze della vita associata, piuttosto che essere delineata come modalità di realizzazione del fatto diversa dalla colpa con previsione in forza della massima signoria sul decorso degli accadimenti di cui la condotta dolosa dovrebbe essere espressione. Il soggetto, infatti, così come nella condotta colposa, non supera lo stato di dubbio circa l'operatività nel caso concreto del rischio attivato con il suo comportamento; l'imputazione delle conseguenze non avviene in maniera diversa rispetto alla colpa con previsione, in quanto in entrambi i casi ci si accontenta della consapevole attivazione di un pericolo.

L'oggetto della volontà è costruito sulla base della sola norma di determinazione. Il *discrimen* tra i due coefficienti psichici è ancorato, invece, alla consapevole antisocialità dell'atteggiamento del reo doloso e, quindi, ad una valutazione di maggiore intensità della colpevolezza da retribuire o della pericolosità individuale da neutralizzare. Si osserva che il pericolo per i beni giuridici originato dal reo doloso in relazione a quello che proviene dal reo colposo comporta una maggiore e più complessa intensità lesiva del fatto ed esprime un maggior bisogno di pena, in quanto il reinserimento sociale del soggetto presuppone una "inversione normativa", un rapporto rovesciato rispetto alle norme ed ai valori da esse tutelati⁵⁰⁷. La pena più elevata, quindi, non trova la sua ragion d'essere nel più

⁵⁰⁶ HASSEMER, op. ult. cit., pp. 489-490.

⁵⁰⁷ HASSEMER, op. ult. cit., p. 490.

intenso legame tra il soggetto e l'evento, ma nel diverso atteggiamento nei confronti della regola di comportamento posta a tutela dei beni giuridici.

5. La valorizzazione della conoscenza del rapporto causale tra condotta ed evento

Ad avviso di un altro Autore⁵⁰⁸ la distinzione tra dolo eventuale e colpa con previsione fondata sulla sicura fiducia della non verificazione dell'evento che caratterizzerebbe la seconda, sebbene metodologicamente condivisibile, in quanto diretta alla ricerca dello spazio applicativo del dolo eventuale mediante una adeguata valorizzazione della colpa con previsione, è insufficiente nella misura in cui prescinde da una ricostruzione della figura adeguata alle caratteristiche strutturali del fatto colposo. La colpa con previsione potrebbe essere davvero compresa soltanto mediante l'analisi delle ragioni della sua autonomia non soltanto nei riguardi del dolo eventuale, ma anche della colpa incosciente, verificando come si collochi all'interno della categoria dell'illecito colposo e quale sia il motivo del trattamento sanzionatorio differenziato previsto nel nostro ordinamento⁵⁰⁹.

Il punto di partenza del ragionamento è rappresentato dall'individuazione, nell'ambito del delitto colposo, del significato dell'assenza di volontà dell'evento pur a fronte della previsione dello stesso.

La previsione senz'altro non si identifica con la prevedibilità. Quest'ultima, come noto, è il presupposto per la configurabilità del delitto colposo non qualificato; l'altra è requisito essenziale della forma circostanziata di delitto colposo. La disciplina della forma aggravata di delitto colposo postula quindi l'esistenza di una forma di colpa non circostanziata che esclude la previsione dell'evento, ma non la sua prevedibilità. L'azione nonostante la previsione dell'evento caratterizza però anche la condotta posta in essere con dolo eventuale. Sembrerebbe quindi esservi

⁵⁰⁸ G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., pp. 113 e ss.; ID., *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e "colpa grave" alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. pen.* 2009, pp. 5013 e ss.; ID., *L'enigma del dolo eventuale*, in *Cass. pen.* 2012, pp. 1974 e ss.

⁵⁰⁹ G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., pp. 113 e ss., 134 e ss.

un'identità strutturale tra le figure del dolo eventuale e della colpa con previsione. Tuttavia, poiché il delitto doloso ed il delitto colposo sono ontologicamente diversi, non è corretto sul piano metodologico utilizzare il medesimo criterio per la ricostruzione della struttura del dolo e della colpa. Diversamente la colpa cosciente verrebbe a rappresentare una figura speciale rispetto a quella incosciente in virtù di un elemento aggiuntivo preso a prestito dal dolo, con il risultato che una delle due forme di colpa si distinguerebbe dall'altra non già in virtù di connotati peculiari riconducibili alla struttura del fatto colposo, bensì in forza di elementi modellati sulla struttura del fatto doloso, ovvero di quello stesso fatto dal quale ci si sforza di differenziarla. Occorre quindi individuare in cosa consiste il profilo rappresentativo della colpa con previsione, evidenziandone le differenze con l'analogo profilo caratterizzante il dolo eventuale⁵¹⁰.

Nella struttura del delitto doloso l'evento è secondo l'intenzione perché è dal soggetto agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione cosciente e volontaria. La definizione legislativa del dolo pone quindi l'accento non solo sull'intenzione, ma anche sul rapporto di causalità. L'espresso riferimento al rapporto di causalità quale oggetto dell'atteggiamento psichico dell'autore del reato, il quale prevede e vuole l'evento "come conseguenza della propria azione od omissione", è un'indicazione che consente all'interprete di intendere il concetto di volontà dell'evento come volontà della condotta riconosciuta come causa dell'evento⁵¹¹.

Nella struttura del delitto colposo, invece, l'evento è fuori o contro l'intenzione, ma questo non significa che la mancanza di volontà dell'evento previsto debba essere intesa necessariamente come rinuncia ad agire da parte del soggetto. È infatti ravvisabile previsione senza volontà ove il soggetto si determina ad agire senza riconoscere la portata causale della sua condotta, escludendo che l'azione o l'omissione possa determinare la produzione dell'evento pur originariamente previsto come conseguenza della propria condotta. Tale situazione si verifica

⁵¹⁰ G.A. DE FRANCESCO, op. ult. cit., p. 139.

⁵¹¹ G.A. DE FRANCESCO, op. ult. cit., p. 147.

quando l'agente si è rappresentato la presenza di fattori impeditivi in grado di interrompere il nesso eziologico⁵¹². In sostanza nell'azione colposa vi sarebbe un errore sul nesso causale che collega l'evento alla condotta⁵¹³.

In questa prospettiva la previsione è posta “in relazione con le particolari caratteristiche dell'illecito colposo, e cioè, più precisamente, con il significato cautelare della regola di diligenza di volta in volta trasgredita”⁵¹⁴. La colpa con previsione risulta così riconducibile alla struttura generale del reato colposo, in quanto caratterizzata dalla presenza di elementi ulteriori e diversi rispetto a quelli propri della colpa incosciente, tuttavia non eccentrici rispetto all'essenza della colpa. Insomma, la condotta colposa “cosciente” o con “previsione” è tale in virtù di un particolare modo di atteggiarsi degli elementi fondamentali tipici della struttura dell'illecito colposo⁵¹⁵.

L'atteggiamento psichico del soggetto agente nei confronti dei fattori che dovrebbero impedire il verificarsi dell'evento segna la linea di confine tra colpa con previsione e dolo eventuale. Se il soggetto, sia pur errando, si rappresenta

⁵¹² G.A. DE FRANCESCO, op. ult. cit., pp. 140 e ss., 155 e ss. La demarcazione tra colpa senza previsione e colpa con previsione, da un lato, e tra quest'ultima ed il dolo eventuale, dall'altro, è tracciata quindi non solo dalla “previsione dell'evento”, ma anche dal rapporto tra questa e la rappresentazione di fattori impeditivi. Essi possono dipendere da circostanze esterne o da particolari capacità od attitudini di cui l'agente si ritiene in possesso. Viene addotto l'esempio del guidatore spericolato che, nel momento in cui tiene la condotta, si rende ben conto che la regola di diligenza conserva tuttora il suo significato preventivo rispetto all'evento; tanto è vero che, per poter escludere la sua verifica, egli deve necessariamente presupporre il ricorso di elementi impeditivi (quali, ad esempio, la sua particolare abilità, o il fatto che i passanti riusciranno a scansarsi rapidamente al sopravvenire del veicolo), idonei a “paralizzare” in quella particolare situazione l'evento che potrebbe derivare dalla trasgressione della regola.

⁵¹³ G.A. DE FRANCESCO, op. ult. cit., pp. 144 e ss., ove si evidenzia anche che l'affermazione non è del tutto nuova, in quanto un cenno significativo si può trovare, nella dottrina italiana, in BETTIOL, *Diritto penale*, parte gen., 11^a ed., Padova 1982, 473, il quale parla di “errore di calcolo sul nesso causale tra l'azione e l'evento”. Anche nell'ambito della dottrina tedesca non mancano esponenti i quali hanno sostenuto impostazioni basate sulla valorizzazione della conoscenza del nesso causale, reputandola necessaria ai fini del dolo. È possibile fare riferimento all'impostazione di Struensee, il quale considera la colpa cosciente come caratterizzata dall'ignoranza di “anelli causali” tra azione ed evento. Analogamente, Schumann definisce la colpa cosciente come contraddistinta da un'ignoranza di circostanze di fatto causali rispetto all'evento. Su queste teorie si veda CERQUETTI, *Il dolo*, cit., pp. 242-244.

⁵¹⁴ G.A. DE FRANCESCO, op. ult. cit., p. 126.

⁵¹⁵ Emerge così il collegamento tra “previsione dell'evento” e “dimensione cautelare della regola di diligenza la cui trasgressione dà luogo a colpa”. In tal modo, il concetto di “previsione dell'evento” non rappresenta più un elemento preso a prestito dal dolo, rappresentando, piuttosto, il frutto di una proiezione teleologica, per cui l'evento diviene l'oggetto di un'attività intellettuale che investe il significato cautelare della regola rispetto a tale risultato. V. G.A. DE FRANCESCO, op. ult. cit., p. 139.

l'immanenza e l'efficacia del fattore impeditivo dell'evento lesivo preveduto, si avrà, quando questo si verifichi e proprio per l'errore di valutazione, delitto colposo aggravato ex art. 61, n° 3 c.p. Un assetto di questo genere non darebbe luogo all'inconveniente di configurare la colpa cosciente come caratterizzata dalla "previsione negativa" dell'evento. Il soggetto che agisce con colpa cosciente, infatti, si rappresenterebbe positivamente l'evento, nonché il significato teleologico assunto dalla regola cautelare violata nel contesto concreto di riferimento; l'errore ricadrebbe, invece, non già sull'evento, bensì sulla dinamica del decorso causale, la quale verrebbe percepita dall'agente come meramente potenziale, ma non come attualmente realizzabile⁵¹⁶. Se, invece, il soggetto esclude o non si rappresenta la presenza di fattori impeditivi e, nonostante la previsione del possibile verificarsi dell'evento, si determina all'azione nella persistente incertezza delle conseguenze della sua condotta si ha, quando l'evento si verifichi, delitto doloso nella specie del dolo eventuale⁵¹⁷.

L'atteggiamento psichico del soggetto agente nei confronti dei fattori impeditivi segna altresì la linea di confine tra colpa con previsione e colpa senza previsione. Vi è la colpa senza previsione quando il soggetto agente non prevede l'evento e, quindi, neppure si rappresenta i fattori impeditivi. Nella colpa senza previsione dell'evento il soggetto non ha la consapevolezza di trasgredire regole di diligenza volte ad impedire eventi lesivi e, quindi, manca la percezione del collegamento dell'azione con il possibile risultato, fermo restando che, ove l'evento si verifichi, egli ne risponderà se esso era prevedibile. Nella colpa con previsione, invece, il soggetto è consapevole di non osservare la regola di diligenza la cui trasgressione dà luogo a colpa, posto che solo in presenza di detta consapevolezza di trasgredire

⁵¹⁶ G.A. DE FRANCESCO, op. ult. cit., p. 144.

⁵¹⁷ G.A. DE FRANCESCO, op. ult. cit., pp. 145, 149-150. A corollario delle osservazioni sviluppate, il dolo eventuale viene inquadrato come forma base nell'ambito della categoria generale del dolo, in quanto contraddistinto dai coefficienti psicologici minimi ed essenziali ai fini della configurazione del comportamento doloso. Il dolo intenzionale, invece, sarebbe una figura "speciale" di dolo, in quanto dotata della connotazione aggiuntiva dell'intenzionalità, la quale assumerebbe carattere accessorio rispetto alla base psicologica essenziale per la responsabilità dolosa.

la regola di condotta intesa ad evitare l'evento lesivo l'agente può porsi il problema della rappresentazione di fattori impeditivi⁵¹⁸.

Trovarebbe così piena giustificazione la maggiore gravità della colpa con previsione rispetto a quella senza previsione. Nella prima, infatti, il soggetto pone consapevolmente in relazione l'evento e la propria condotta, rappresentandosi il parametro "prognostico" insito nella regola di diligenza che avrebbe dovuto osservare. Colui che agisce con la consapevolezza del significato teleologico della regola violata e della sua capacità, se rispettata, di impedire l'evento nella situazione concreta⁵¹⁹, sostituisce la propria valutazione a quella posta alla base della regola cautelare, nella convinzione dell'esistenza di determinati fattori impeditivi dipendenti da circostanze esterne o da particolari attitudini di cui si ritiene in possesso⁵²⁰. Egli decide di violare l'obbligo cautelare, apprezzandone e, in una certa misura, condividendone la funzione preventiva⁵²¹.

⁵¹⁸ G.A. DE FRANCESCO, op. ult. cit., p. 140.

⁵¹⁹ G.A. DE FRANCESCO, op. ult. cit., p. 156.

⁵²⁰ G.A. DE FRANCESCO, op. ult. cit., p. 140. Condivide le ragioni a sostegno della maggior gravità della colpa con previsione CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 80. *Contra* si è osservato che "una sicura fiducia di essere in grado di scongiurare il verificarsi dell'evento previsto può di per sé essere meno grave di una disattenzione enorme che ha escluso la rappresentazione dell'evento stesso (ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, sub art. 43, Milano 2004, p. 471).

⁵²¹ Descrive in questi termini il profilo rappresentativo della colpa cosciente CANESTRARI, op. ult. cit., p. 88. Recentemente G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale, dolo di pericolo*, cit., p. 5020, proponendo, come si vedrà di qui a breve, un affinamento della sua teoria, ha chiarito con maggiore efficacia la tipologia di rappresentazione che caratterizzerebbe la colpa cosciente e, quindi, la *ratio* del più grave trattamento sanzionatorio per essa previsto nell'ordinamento. La colpa cosciente sarebbe contraddistinta da una rappresentazione della proiezione teleologica delle regole cautelari che il soggetto viola, da considerare nel contesto concreto di riferimento, accompagnata, tuttavia, da un'errata valutazione delle circostanze complessive di fatto, a causa della quale non sarebbe configurabile una "scelta consapevole" di "agire in direzione dell'offesa". Chi agisce con colpa cosciente sarebbe consapevole del fatto di violare regole cautelari, nonché della loro attitudine preventiva nel contesto concreto; tuttavia, valuterebbe erroneamente le circostanze complessive del caso, la potenziale dinamica del decorso causale e la necessità di rispettare la regola cautelare nel caso concreto. L'elemento rappresentativo difetterebbe di quella "conoscenza del concreto rapporto causale", presupposto necessario al fine di ritenere sussistente il requisito volitivo del dolo eventuale. La scelta di tenere la condotta non esprimerebbe, insomma, quella "risoluzione" di commettere il fatto, che può riscontrarsi unicamente là dove l'agente fosse realmente consapevole degli sviluppi causali che la sua condotta avrebbe potuto determinare nelle circostanze date.

In risposta alle critiche di oggettivizzazione del dolo e di non adeguata valorizzazione del profilo volitivo dell'imputazione soggettiva⁵²², l'Autore ha recentemente precisato alcuni aspetti della sua teoria⁵²³.

Ha sottolineato che il profilo intellettuale basato sulla rappresentazione del possibile sviluppo causale della condotta e sulla mancata considerazione di fattori impeditivi dell'evento, ritenuto necessario per la configurabilità del dolo eventuale, non esaurisce le caratteristiche del coefficiente di imputazione soggettiva in esame. Piuttosto, detto profilo intellettuale rappresenterebbe uno degli aspetti strutturali del dolo eventuale: quest'ultimo non potrebbe fare a meno dell'elemento volitivo, individuato, come in tutte le forme di dolo, nella "decisione consapevole" di attivare un processo causale "in direzione dell'offesa"⁵²⁴.

Tuttavia vi sarebbe una stretta connessione tra la condotta esplicita e il patrimonio "conoscitivo" in possesso dell'autore del fatto.

La volontà del fatto è una sintesi tra l'atto deliberativo ed il complessivo quadro delle conoscenze in cui la deliberazione è maturata. Ove tali conoscenze riguardino la percezione dell'influenza della propria condotta sulla realizzazione del fatto, quest'ultimo potrà considerarsi voluto proprio perché il soggetto ha deciso di operare in modo tale da determinarlo e cagionarlo. La rappresentazione della possibile proiezione causale fungerebbe da "orizzonte mentale" e da "filtro razionale", in virtù del quale la deliberazione di agire si pone effettivamente in relazione con la "globalità del fatto", consentendo di riconoscere in essa una scelta realmente consapevole e, come tale, sufficiente a fondare la più grave forma di colpevolezza. Là dove il soggetto agente non si sia limitato a "pensare" all'evento, ma ne abbia invece "valutato" e ponderato la concreta realizzabilità, la sua "decisione" di tenere la condotta risulta psicologicamente in contrasto il bene

⁵²² CERQUETTI, *Il dolo*, cit., pp. 234-237; EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., pp. 36-38.

⁵²³ G.A. DE FRANCESCO, op. ult. cit., pp. 5013 e ss.

⁵²⁴ G.A. DE FRANCESCO, op. ult. cit., pp. 5014, 5017-5018.

giuridico offeso da tale comportamento e configura un atteggiamento autenticamente doloso⁵²⁵.

L'Autore precisa anche che la percezione di una semplice situazione di rischio o di pericolo non è, di per sé, decisiva ai fini del fondamento della responsabilità dolosa. Essa, infatti, non basta per sostenere che il soggetto aveva reputato concretamente possibile uno sviluppo causale verso l'offesa ricollegabile alla condotta da lui tenuta nel caso concreto. La percezione del processo eziologico in direzione dell'offesa deve essere quindi concepita come effettiva ed attuale. Queste caratteristiche della rappresentazione dovrebbero scongiurare i rischi di una eccessiva "normativizzazione" del dolo, legati a valutazioni del "pericolo" astratte, che non tengano adeguatamente conto dell'atteggiamento del soggetto agente riguardo all'evento concretamente verificatosi⁵²⁶. Nel comportamento del soggetto che si determini a porre in essere una certa condotta a fronte della rappresentazione del suo collegamento eziologico con un evento lesivo è infatti ravvisabile uno schema strutturale e psicologico ascrivibile alla sfera del dolo, in quanto emergerebbe una "decisione di agire in modo tale da cagionare l'evento", o una "scelta di agire in direzione dell'offesa"⁵²⁷.

La teoria analizzata, a ben vedere, pur offrendo una raffinata proposta sistematica, non ha però una reale autonomia concettuale rispetto alle teorie che individuano il connotato essenziale del dolo eventuale nell'accettazione del rischio o nella decisione di cagionare l'evento.

⁵²⁵ G.A. DE FRANCESCO, op. loc. ult. cit.

⁵²⁶ G.A. DE FRANCESCO, op. ult. cit., p. 5018.

⁵²⁷ G.A. DE FRANCESCO, op. loc. ult. cit. Nell'ambito del panorama italiano si è affacciata anche una impostazione ulteriore, simile a quella delineata da De Francesco, ma non del tutto analoga ad essa, per la quale, ai fini della configurazione del dolo, sarebbe necessaria la rappresentazione della possibilità (almeno della possibilità) di verifica dell'evento, congiunta alla rappresentazione dell'obiettiva direzione della condotta verso l'offesa. La tesi viene argomentata non solo sulla base dell'art. 43 c.p., ma anche del coordinamento tra la norma citata e l'art. 82 c.p.; quest'ultimo, in particolare, costituirebbe il fondamento del requisito dell'obiettiva direzione della condotta verso l'offesa. Si veda in tal senso MASUCCI, *Naturalismo e normativismo nella teoria del dolo. Premesse per una ridefinizione dei limiti della responsabilità dolosa*, Roma 2002, pp. 381-388.

Infatti la concezione della colpa cosciente come “errore sul nesso causale” verrebbe a configurarsi pur sempre in presenza di una previsione “negativa”, in contrasto con quanto disposto dall’art. 61, n. 3 c.p., che richiede pur sempre una previsione effettiva ed attuale incentrata sull’evento e non solo sull’astratta potenzialità causale della condotta⁵²⁸. Inoltre, la prospettazione di fattori impeditivi da parte dell’agente il quale decida di correre un rischio non consentito, normalmente lascia persistere in lui la consapevolezza di una possibili causazione dell’evento, sicché, nel caso in cui questo si verificasse, non potrebbe parlarsi di un vero e proprio errore di valutazione⁵²⁹.

In secondo luogo va precisato che l’ambito applicativo del dolo eventuale viene individuato pur sempre nella condotta posta in essere in stato di dubbio, richiedendosi la previsione del possibile sviluppo causale, ma non anche la convinzione che il rischio attivato con la condotta avrebbe operato nel caso concreto. Per quanto ci si sforzi di distinguere tra rappresentazione del rischio e previsione del possibile sviluppo causale della condotta posta in essere, in realtà ci si accontenta della consapevolezza dell’esistenza di un pericolo concreto di verificazione dell’evento. La nozione di “conseguenza” quale oggetto del dolo viene costruita in maniera differente rispetto al suo significato ai fini dell’imputazione sul piano obiettivo, secondo una logica attenta alla sola prospettiva *ex ante* ed incentrata sulla funzione preventiva della norma di determinazione. Quel che si richiede, infatti, è la percezione della sola adeguatezza causale della condotta alla produzione dell’evento, sebbene si precisi che ai fini della configurabilità di detto stato psicologico non è sufficiente la coscienza della generica pericolosità della condotta, occorrendo, piuttosto, quella dell’esistenza di una concreta possibilità di verificazione dell’evento. La fattispecie incentrata sulla produzione dell’evento naturalistico, ai fini dell’imputazione soggettiva, viene trasformata ancora una volta in reato di pericolo.

⁵²⁸ CERQUETTI, op. ult. cit., p. 237; cfr. anche EUSEBI, op. ult. cit., p. 96.

⁵²⁹ EUSEBI, op. ult. cit., pp. 96-97.

Anche in questa prospettiva il fondamento della sanzione a titolo di dolo consiste nell'atteggiamento che il soggetto dimostra di avere nei confronti dell'imperativo comportamentale previsto dall'ordinamento per scongiurare il verificarsi di eventi del tipo di quello prodottosi. L'agente, non avendo la piena convinzione del verificarsi dell'evento, esprime una volontà diretta a correre il rischio di tale evenienza; il suo comportamento è in contrasto con l'imperativo ed il rimprovero che gli si muove consiste nel non essersi astenuto dalla condotta, in mancanza di certezze circa l'esistenza di fattori impeditivi capaci di scongiurare l'evoluzione causale profilatasi nella sua mente.

6. La teoria che fa leva sulla contrapposizione tra previsione in astratto e previsione in concreto

Si è sostenuto che la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente andrebbe operata sulla base del tipo di conoscenza posseduta dal soggetto agente riguardo alla propria condotta rischiosa. Qualora il reo abbia consapevolezza della concreta pericolosità della condotta, si ha dolo eventuale; ove invece egli si sia rappresentato in modo meramente astratto il pericolo di realizzazione dell'evento si versa nell'ambito della colpa cosciente⁵³⁰.

Alla teoria è stato correttamente obiettato che non risulta agevole comprendere per quale ragione la figura della colpa cosciente non necessiti di un elemento intellettuale di carattere concreto ai fini della sua configurabilità. Diversamente opinando, infatti, si finirebbe per affermare la colpa con previsione ogni volta che il delitto colposo sia stato posto in essere nell'esercizio di un'attività la cui pericolosità astratta costituisca fatto notorio. Inoltre l'art. 61, n° 3 c.p. contiene una chiara presa di posizione in favore della concretezza della previsione anche ai fini della sussistenza della colpa cosciente. La norma, infatti, non parla di coscienza dell'astratta pericolosità, ma appunta la previsione necessaria alla configurabilità

⁵³⁰ CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 37 e G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 121, con riferimento alle tesi sostenute da SCHMIDHÄUSER, *Zum begriff der bewussten fahrlässigkeit*, in G.A. 1957, pp. 307 e ss.; ID. *Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat («dolus eventualis» und «bewusste Fahrlässigkeit»)*, in Jus 1980, pp. 241 e ss.

dell'aggravante sull'evento, il quale non può che corrispondere a quello effettivamente realizzatosi⁵³¹.

In verità la concezione in esame non conduce ad esiti molto differenti rispetto all'impostazione per la quale la colpa cosciente è integrata dalla fiducia della non verificazione della conseguenza lesiva⁵³², sicché non ha una reale autonomia concettuale rispetto ad altre teorie. È stato osservato infatti che la ricostruzione può essere sostanzialmente ricondotta alla tesi per cui la colpa cosciente sarebbe caratterizzata, a livello psicologico, dal passaggio da una astratta rappresentazione di possibilità di verificazione dell'evento, alla previsione negativa in merito al verificarsi dell'evento stesso⁵³³. Si tratta dell'unica possibilità per conferire un significato intellegibile alla qualificazione di astrattezza della rappresentazione. D'altra parte, qualora il soggetto, a fronte della previsione della possibilità concreta di verificazione dell'evento, ovvero del mancato superamento del dubbio sul verificarsi dell'evento, si determini ad agire, egli accetterebbe conseguentemente -e necessariamente- il rischio di realizzazione di tale evento, in quanto, se non avesse inteso accettarlo, non avrebbe agito. In tale evenienza il suo atteggiamento è quello tipico del dolo eventuale⁵³⁴: l'accettazione del rischio risulterebbe sussistente *in re ipsa*, attesa la determinazione ad agire in mancanza di certezze negative circa i preventivati effetti della condotta⁵³⁵.

⁵³¹ V. CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 37-38; G.A. DE FRANCESCO, op. ult. cit., p. 122; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 325; PECORARO ALBANI, *Il dolo*, cit., pp. 394-395, 398. Sulla necessaria concretezza della previsione sia nel dolo che nella colpa cosciente si veda molto chiaramente PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2000, pp. 1267 e ss.

⁵³² CANESTRARI, op. ult. cit., p. 39, in relazione a ROXIN, *Zur abgrenzung von bedingtem vorsatz und bewusster fahrlässigkeit*, in *Jus* 1964, p. 60, ove la teoria in esame è definita "viziata da scarso spirito realistico". V. anche PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., pp. 45-46.

⁵³³ DI SALVO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Cass. pen.* 2003, p. 1935. Cfr. anche PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 394, 396, ove molto acutamente si evidenzia che la colpa cosciente, nella prospettiva in esame, viene costruita sulla base della convergenza di due previsioni, una generica sulla possibilità dell'evento, l'altra consistente nell'errore sul non verificarsi dell'evento, che si sovrappongono alla prima.

⁵³⁴ GALLO voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano 1964, p. 792.

⁵³⁵ Osservazione effettuata da DI SALVO, op. loc. ult. cit.

La rilevanza probatoria più che concettuale della teoria emerge chiaramente da una recente riproposizione della stessa incentrata sulla valorizzazione dell'elemento volitivo⁵³⁶. Si sostiene infatti che la scelta di agire a fronte della previsione della concreta possibilità di realizzazione dell'evento configura il consenso dell'agente alla realizzazione stessa (e, quindi, l'accettazione del relativo rischio), purché tale consenso sia inteso non come mera "adesione intima" da parte dell'agente, bensì come "decisione personale" che "comprende e accetta la realizzazione medesima"⁵³⁷. In sostanza, pur ribadendosi la centralità della componente volitiva ai fini della distinzione tra dolo e colpa, il dato essenziale per configurare la scelta dell'agente in favore della lesione del bene viene individuato nella decisione di agire nonostante la rappresentazione della concreta possibilità del verificarsi dell'evento, ovvero senza il superamento dello stato di dubbio prospettato nella mente del reo.

Non è un caso, quindi, che l'orientamento in esame sia stato fatto proprio soprattutto dalla giurisprudenza, peraltro con la consapevolezza della sua correlazione alla teoria dell'accettazione del rischio, ai fini della prova di tale accettazione.

La Corte di Cassazione in alcune pronunce ha infatti sostenuto che il dolo eventuale presuppone necessariamente la rappresentazione di una concreta possibilità di verifica dell'evento, laddove la colpa cosciente sarebbe caratterizzata da una previsione astratta o generica di realizzazione dell'evento. Mentre nel caso del dolo eventuale l'agente si rappresenta la possibilità di verifica dell'evento in termini di concretezza, nell'ipotesi della colpa cosciente detta eventualità costituirebbe una possibilità non percepita come concretamente realizzabile. L'impostazione, però, non prescinde dal profilo volitivo del dolo, in quanto nella scelta di agire a fronte della rappresentazione della possibilità concreta

⁵³⁶ ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, loc. cit.

⁵³⁷ ROMANO, op. loc. ult. cit., ove si conclude l'esposizione tramite una definizione del dolo eventuale come "rappresentazione della concreta possibilità della realizzazione del fatto di reato e accettazione del rischio (quindi volizione) del fatto medesimo."

di realizzazione dell'evento viene ravvisata l'accettazione del rischio, così configurandosi la volontà ritenuta necessaria ai fini della sussistenza del dolo⁵³⁸.

L'idea della stretta interdipendenza tra previsione della concreta possibilità dell'evento ed accettazione del rischio è ben espressa in una recente pronuncia. La Suprema Corte afferma con chiarezza che fra la teoria dell'accettazione del rischio e la valorizzazione, ai fini della distinzione fra dolo eventuale e colpa cosciente, della dicotomia "previsione della concreta possibilità"/"previsione dell'astratta possibilità" di realizzazione dell'evento, non c'è contraddizione, in quanto l'accettazione del rischio può essere ravvisata solo in presenza della previsione della

⁵³⁸ Per Cass. pen. 8 novembre 1995, n° 832, rv. 203484 "il dato differenziale tra dolo eventuale e colpa cosciente va rinvenuto nella previsione dell'evento. Questa, nel dolo eventuale, si propone non come incerta, ma come concretamente possibile e l'agente, nella volizione dell'azione, ne accetta il rischio, così che la volontà investe anche l'evento rappresentato. Nella colpa cosciente la verificabilità dell'evento rimane un'ipotesi astratta che nella coscienza dell'autore non viene concepita come concretamente realizzabile e, pertanto, non è in alcun modo voluta". Il rapporto tra le caratteristiche della previsione e l'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento emerge in maniera chiara anche da Cass. pen. 24 febbraio 1994, n° 4583, rv. 198272, per la quale "il dato differenziale tra dolo eventuale e colpa cosciente, prima ancora che nell'elemento volitivo, sta nella previsione del fatto di reato che, nel caso di dolo eventuale, si propone come incerto ma concretamente possibile e, per conseguenza, ne viene accettato il rischio; nel caso di colpa con previsione, invece, la verificabilità dell'evento rimane come ipotesi astratta che, nella coscienza dell'agente, non viene percepita come concretamente realizzabile e perciò non può essere, in qualsiasi modo, voluta". Si vedano anche Cass. pen. 28 gennaio 1991, n° 5527, rv. 187590 e 10 febbraio 2009, n° 13083, rv. 242979

I giudici di legittimità hanno fatto applicazione di criteri di questo genere anche in Cass. pen. 14 giugno 2001, n° 30425, rv. 219952. Nel caso di specie fu ravvisata la colpa aggravata dalla previsione dell'evento in capo al soggetto che, consapevole della propria sieropositività e delle relative modalità di contagio, aveva provocato la morte della moglie per AIDS, trasmesse tramite rapporti sessuali non protetti. La Corte, condividendo le valutazioni espresse dai giudici di secondo grado, sostenne che l'imputato, pur rappresentandosi l'evento come possibile risultato della sua condotta, aveva sempre agito confidando che il contagio avrebbe potuto anche non avvenire ed escludendo che la salute della moglie potesse subire dei danni. Ciò, in quanto, anche in base al suo modesto livello culturale e nonostante le informazioni avute dai medici nella pochissime occasioni nelle quali egli li aveva consultati, aveva maturato la convinzione, poggiante sulla considerazione che il suo stato di salute non aveva negli anni subito alcun processo peggiorativo e godeva, tutto sommato, di "buona salute", che niente di male avrebbe potuto succedere alla moglie. Anche la sua abnorme reazione e la sua successiva fuga (reputata "una fuga dalla realtà") alla notizia che la moglie era infettata e si trovava ormai nello stadio di AIDS conclamata, poteva essere spiegata con il fatto che egli immaginava che la stessa sarebbe rimasta, al massimo, come era accaduto a lui, per molti anni in un innocuo stato di sieropositività, non suscettibile di evoluzione *in peius*. La circostanza dimostrava che egli era stato colto del tutto impreparato dal punto di vista psicologico dalla grave notizia, dato che non si aspettava affatto che la vicenda sfociasse in un esito così drammatico.

Talvolta, invece, si afferma che con l'utilizzo dell'una o dell'altra impostazione teorica si giungerebbe comunque al medesimo risultato. È il caso, ad esempio, di Trib. Savona, 6 dicembre 2007, in www.altalex.com, la quale, riconoscendo il dolo eventuale relativamente ad un caso di contagio da HIV tramite ripetuti rapporti sessuali non protetti da parte di soggetto consapevole della sua sieropositività ed informato sulle modalità di contagio, sostiene che nel caso concreto si sarebbe giunti alla stessa conclusione sia con la teoria dell'accettazione del rischio che con quella basata sulla dicotomia previsione astratta/previsione concreta. Il livello di conoscenze posseduto dal soggetto e l'eventualità che reiterati rapporti sessuali non protetti potessero provocare il contagio, infatti, consentivano sia di escludere che l'evento potesse costituire un'ipotesi soltanto astratta, sia di affermare che l'agente avesse accettato il rischio del suo verificarsi.

concreta possibilità di verifica dell'evento. Solo in questo caso, infatti, è possibile ascrivere l'evento alla volontà dell'agente. Ove invece l'evento fu previsto in termini puramente astratti, deve ravvisarsi una condotta trascurata, avventata, imprudente e, quindi, connotata da aspetti tipicamente colposi⁵³⁹.

Il fatto che la teoria in esame venga associata ad altre ricostruzioni del dolo eventuale, sicché non ha una vera autonomia concettuale rispetto ad esse, consente di fare rinvio alle osservazioni critiche già formulate in precedenza con riferimento

⁵³⁹ Cass. pen. 17 settembre 2008 n° 44712, rv. 242610, nella quale si legge testualmente: “Accanto a numerose pronunce che fondano la sussistenza del dolo eventuale [...] sul criterio della accettazione del rischio, ve ne sono altre che maggiormente pongono l'accento sul concetto di prevedibilità dell'evento, nel senso che sarebbe ravvisabile il dolo eventuale nel caso in cui il verificarsi dell'evento si presenti come concretamente possibile, mentre si verserebbe in ipotesi di colpa cosciente allorché la verificabilità dell'evento costituisca una mera ipotesi astratta. [...] A ben vedere, però, le due tesi principali in materia [...] non si contraddicono del tutto, perché è del tutto evidente che l'accettazione del rischio che l'evento si verifichi da parte dell'agente sarà in concreto ravvisabile quando il verificarsi dell'evento si presenti come concretamente possibile, ed anzi altamente probabile. Si vuol dire cioè che soltanto quando l'evento sia in concreto possibile e, quindi, prevedibile, si può avere un elemento di prova che consenta di ritenere, in presenza di ulteriori elementi, che l'agente non solo si sia concretamente rappresentato il rischio del verificarsi dell'evento, ma che lo abbia accettato, nel senso che si è determinato ad agire anche a costo di cagionare l'evento. In caso contrario, quando l'evento sia soltanto astrattamente verificabile e non sia concretamente prevedibile, appare ben difficile ascrivere lo stesso alla volizione dell'agente sia pure sotto il profilo della accettazione del rischio, non essendo la verificabilità dell'evento percepita dalla coscienza dell'agente come concretamente realizzabile; in siffatte ipotesi il verificarsi dell'evento sembra, invero, il frutto di una condotta trascurata e avventata, e, perciò, imprudente ed ascrivibile, pertanto, alla categoria della colpa cosciente”. Sulla base di questi principi la Corte ritenne che fossero condivisibili le valutazioni effettuate dai giudici di merito circa la configurabilità del dolo eventuale e della responsabilità per il reato di lesioni personali gravissime in capo ad una donna che, consapevole di essere affetta da sindrome di HIV, aveva ciò nonostante intrattenuto per lunghi anni rapporti sessuali con il proprio *partner* senza avvertirlo del pericolo, così finendo per trasmettergli il *virus* della suddetta malattia. L'imputata, infatti, conosceva la pericolosità del male, tanto è vero che si era sottoposta a controlli nel corso degli anni, anche se poi aveva rifiutato di intraprendere le cure del caso. Sapeva anche che la sieropositività poteva avere esito letale, dal momento che il marito era morto di AIDS qualche anno prima dell'inizio della relazione con la persona offesa. Era quindi evidente che la donna si fosse rappresentata la concreta possibilità di trasmettere il *virus* al suo *partner*, non solo perché i *mass media* da tempo svolgevano campagne per illustrare i rischi della grave infezione ed i pericoli di alcuni comportamenti sessuali, invitando la popolazione a prevenirla con rapporti sessuali protetti; ma specialmente perché la consapevolezza del rischio derivava dalla concreta e drammatica esperienza di vita della donna. La donna aveva agito essendo perfettamente consapevole del concreto rischio di infezione al quale espose il suo compagno -evento non solo concretamente possibile, ma altamente probabile con il protrarsi dei rapporti sessuali- ed accettando il rischio del verificarsi dell'evento, alla fine davvero verificatosi.

Per approfondite osservazioni sul tema del dolo eventuale in relazione ai casi di contagio da HIV si vedano MARANI, *Contagio da HIV e lesioni personali gravissime*, in www.altalex.com; CANESTRARI, *La rilevanza del rapporto sessuale non protetto dell'infezione HIV nell'orientamento del BGH*, in *Foro it.*, 1991, IV, pp. 152 e ss.; CORNACCHIA, *Profili di responsabilità per contagio da virus HIV*, in AA. VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna 1998, pp. 320 e ss.; CASTALDO, *AIDS e diritto penale: tra dommatica e politica criminale*, in *Studi Urbinati*, 1988-89/1989-90, 7, pp. 118 e ss.; VIOLA, *Dolo eventuale e colpa cosciente, con particolare riferimento al contagio da virus HIV in caso di rapporto sessuale non protetto*, in www.overlex.com; SUMMERER, *Contagio sessuale da virus HIV e responsabilità penale dell'AIDS-carrier*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2001, pp. 305 e ss.

a dette ricostruzioni. Occorre peraltro segnalare ulteriori profili di criticità legati al valore probatorio che si pretende di conferire alla previsione concreta dell'evento. La forte valorizzazione del profilo intellettuale, infatti, reca con sé il rischio che venga ricondotto nell'ambito del dolo qualsiasi ipotesi in cui sia stato realizzato un evento in presenza di concrete possibilità di realizzazione dello stesso previste da parte dell'agente: significherebbe configurare ipotesi di volontà presunta, considerando provata l'accettazione del rischio in base al solo fatto che il soggetto si è determinato ad agire nonostante la previsione dell'evento. Questa prospettiva, del resto, traspare abbastanza chiaramente da alcune delle pronunce giurisprudenziali innanzi richiamate, in quanto, soprattutto quelle più risalenti, non segnalano la necessità di far riferimento al complesso degli elementi probatori disponibili, ritenendo sufficiente per la dimostrazione del dolo eventuale l'aver agito senza il superamento dello stato di dubbio.

7. Il tentativo di distinguere tra “probabilità” e “possibilità” di verifica dell'evento

Le impostazioni in esame partono dall'idea che soltanto l'azione può essere oggetto di rappresentazione e volontà, mentre l'evento può essere soltanto previsto, ma non voluto. Per volontà, come si vide, dovrebbe intendersi l'impulso fisico ai nervi motori, sicché essa ha necessariamente ad oggetto soltanto il movimento umano o la persistenza nello stato di quiete, e non anche le conseguenze dell'azione⁵⁴⁰. Questi modelli esplicativi del dolo eventuale, quindi, valorizzando il profilo intellettuale del coefficiente di imputazione, escludono o limitano fortemente la rilevanza di coefficienti volitivi direttamente riferibili all'evento.

Per la teoria della possibilità il dolo eventuale si configura in presenza della semplice previsione della possibilità dell'evento, seguita dalla volontaria attuazione

⁵⁴⁰ GALLO, *Il dolo*, cit., pp. 164 ss., 214 ss.

della condotta che dello stesso è causa. La colpa con previsione, insomma, sarebbe priva del profilo conoscitivo, caratteristico del solo dolo eventuale⁵⁴¹.

Contro questa impostazione è stato correttamente osservato che essa condurrebbe all'esclusione della categoria della colpa con previsione. Se, infatti, la sola rappresentazione della possibilità di verificazione dell'evento dovesse essere sufficiente per integrare il dolo eventuale, la colpa diviene incompatibile con la previsione, in quanto quest'ultima darebbe sempre luogo al dolo. Si tratta, all'evidenza, di una soluzione non praticabile nel nostro ordinamento: essa si pone in insanabile contrasto con l'art. 61, n° 3, c.p., il quale, definendo la circostanza aggravante comune per i delitti colposi il fatto di aver agito "nonostante la previsione dell'evento", ammette che la colpa possa essere caratterizzata dalla previsione dell'evento⁵⁴². Se non si tiene presente che il dolo diretto e la colpa cosciente sono accomunate dalla previsione positiva dell'evento, si limita eccessivamente l'ambito della colpa, dilatando il concetto di dolo sino ad assorbire in esso le ipotesi di colpa cosciente, in contrasto stridente con il diritto positivo⁵⁴³.

Si aggiunga che il requisito della volontà è espressamente richiesto come elemento strutturale del dolo ed, al contempo, espressamente escluso ai fini della colpa (v. art. 43 c.p.)⁵⁴⁴. Il dato normativo non consente pertanto di ritenere che il solo profilo rappresentativo sia sufficiente ai fini della distinzione tra dolo e colpa, posto che essa è incentrata sul piano della volontà⁵⁴⁵. D'altra parte, prevedere (ed

⁵⁴¹ CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 36 e PECORARO ALBANI, *Il dolo*, cit., pp. 207 e ss. con riferimento a SCHMIDHÄUSER, *Zum begriff der bewussten Fahrlässigkeit*, in *GA* 1957, p.305 e ss.; SCHRÖDER, *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, in *Sauer FS*, Berlin 1949, pp. 207 e ss.; MAIHOFFER, *Zur Systematik der Fahrlässigkeit*, in *ZStW* 1959, pp. 191 e ss.; OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allemeine Strafrechtslehre*, Berlin-New York 1976, pp. 97 e ss. V. anche SPASARI, *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Milano 1956, pp. 125 e ss.

⁵⁴² CANESTRARI, op. ult. cit., p. 38.

⁵⁴³ In tal senso, PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 270 e NICOSIA, *Contagio di Aids tra moglie e marito e omicidio doloso*, cit., p. 353. Cfr. anche GALLO, op. ult. cit., p. 216.

⁵⁴⁴ Cfr. FORTE, *Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2000, pp. 829-830, ove si evidenzia che l'art. 43 c.p. incentra la nozione di dolo proprio sul requisito della volontà, come si ricava anche, in negativo, considerando la definizione del delitto colposo.

⁵⁴⁵ V. CANESTRARI, op. ult. cit., p. 34; BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., p. 28; MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., p. 137;; MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, cit., pp. 214 e ss.; G.A. DE

agire nonostante la previsione) non equivale, di per sé, a volere. Previsione e volontà costituiscono aspetti strutturali distinti, la cui compresenza è necessaria ai fini dell'integrazione del dolo. Possono infatti verificarsi situazioni nelle quali c'è rappresentazione senza volontà e l'agente si determina all'azione per negligenza, leggerezza, imprudenza o temerarietà, connotati tipici della condotta colposa⁵⁴⁶. Peraltro non potrebbe neppure sostenersi che la decisione di agire avendo previsto la possibilità delle conseguenze della propria condotta costituisca elemento indiziante della sussistenza del requisito volitivo. Infatti, non richiedendosi la rappresentazione di una probabilità elevata di verificazione dell'evento, potrebbero darsi situazioni in cui la circostanza non avrebbe significato indiziante a tal punto univoco da escludere dubbi sulla natura dell'atteggiamento psichico dell'agente.

La teoria della probabilità propone invece quale criterio distintivo fra colpa cosciente e dolo eventuale l'alternativa possibilità/probabilità. L'agente agisce con dolo eventuale quando pone in essere la condotta essendosi rappresentato la verificazione dell'evento come probabile; ove invece egli realizzi la condotta ritenendo le conseguenze di essa soltanto possibili si configura la colpa con previsione.

Con il termine possibilità, evidentemente, viene indicata una bassa probabilità statistica, visto che la probabilità presuppone a sua volta la possibilità e che ogni evento probabile deve essere necessariamente anche possibile⁵⁴⁷. Alcuni autori hanno anche tentato di definire meglio il grado di probabilità che deve distinguere le due forme di imputazione, posto che la differenza si basa essenzialmente su un dato

FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., pp. 129 e ss. In senso analogo si vedano anche FORNASARI, *I criteri di imputazione soggettiva del delitto di bancarotta semplice*, in *Giur. comm.* 1988, p. 682 e FORTE, op. ult. cit., p. 831.

⁵⁴⁶ CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 36-37, ove l'Autore riporta anche l'esempio del cacciatore che, agendo con leggerezza o temerarietà, non prenda sul serio la possibilità della presenza di un guardacaccia dietro un cespuglio, nella direzione del quale egli spari un colpo.

⁵⁴⁷ CANESTRARI, op. ult. cit., p. 33 e PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 206-207 con riferimento a GROSSMANN, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Hamburg 1924, pp. 32 e ss.; GRÜNHUT, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926, p. 16; SAUER, *Vorsatz, Irrtum, Rechtswidrigkeit*, in *ZStW* 1931, p. 131; ID., *Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlin 1949, p. 152; GRÜNWALD, *Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts*, in *Mayer FS*, Berlin 1965, p. 288; H. MAYER, *Lehrbuch, AT* 1953, pp. 250 e ss.

quantitativo. Si sostiene allora che la probabilità significa “più della sola possibilità e meno della prevalente probabilità”⁵⁴⁸; oppure si richiede che il soggetto in dolo eventuale agisca con la consapevolezza di “addurre un pericolo concreto per il bene giuridico”⁵⁴⁹; o che abbia la consapevolezza di un *quantum* di fattori causali in grado di generare “un rischio di verifica dell’evento da prendere sul serio”⁵⁵⁰.

All’impostazione è anzitutto possibile obiettare che, analogamente a quanto rilevato con riguardo alla teoria della possibilità, il mancato riferimento al requisito volitivo la pone in insanabile contrasto con il dato positivo, in quanto nell’ordinamento italiano esso è espressamente prescritto dal legislatore ai fini della configurazione del dolo⁵⁵¹. La distinzione tra dolo e colpa viene incentrata su aspetti meramente quantitativi, laddove i due coefficienti di imputazione sono configurati dal legislatore come qualitativamente diversi⁵⁵².

Inoltre, la teoria costringe a valutazioni di tipo statistico dai contorni piuttosto indefiniti, non essendo previsto un criterio che consenta di individuare con certezza la soglia di probabilità al di sopra della quale la possibilità diviene probabilità. Questo confine potrebbe essere determinato soltanto in modo arbitrario, in contrasto con quell’esigenza di determinatezza che dovrebbe invece presiedere alla definizione della fattispecie tipica⁵⁵³. Peraltro la soluzione in esame renderebbe

⁵⁴⁸ CANESTRARI, op. ult. cit., p. 34, con riferimento a H. MAYER, *Studienb. Straf. AT*, Berlin 1967, p. 121.

⁵⁴⁹ CANESTRARI, op. loc. ult. cit., con riferimento a JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffes*, Berlin 1988, p. 151

⁵⁵⁰ CANESTRARI, op. loc. ult. cit., ed EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., p. 76 con riferimento a SCHUMANN, *Zur Wiederbelebung des “voluntativen” Vorsatzelements durch den BGH*, in *JZ* 1989, pp. 427 e ss.

⁵⁵¹ CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 34-35.

⁵⁵² V. GALLO, *Il dolo*, cit., pp. 216-218; ID., *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano 1951, p. 95, ove si fa presente che dolo e colpa costituiscono due forme di imputazione completamente diverse, le quali, non essendo riconducibili sul piano psicologico o normativo ad un concetto unitario, non appaiono suscettibili di criteri di demarcazione meramente quantitativi; inoltre, se fosse vero che chi agisce malgrado la previsione dell’evento come probabile dimostra una potenzialità criminosa più intensa di chi si raffigura una semplice possibilità, ciò proverebbe che ci si trova di fronte a differenze di graduazione e non di categoria, le quali deporrebbero non a favore ma contro la teoria in esame. Cfr. anche LICCI, *Dolo eventuale*, cit., p. 1505; MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., p. 98; DI LORENZO, *I limiti tra dolo e colpa*, cit., p. 50.

⁵⁵³ V. CANESTRARI, op. loc. ult. cit., e GALLO, *Il dolo*, cit., p. 218, il quale sottolinea come, essendo difficile stabilire dove comincia la probabilità e dove finisce la possibilità e dovendo tal valutazione essere effettuata dall’agente, si finisca coll’accollare al giudice un’indagine praticamente inattuabile. La difficoltà di

necessaria, ai fini della configurabilità del dolo o della colpa, la riflessione dell'agente sulla percentuale di probabilità, laddove è verosimile che ben pochi autori del reato si soffermano a valutare il diverso grado di possibilità di produzione dell'evento lesivo⁵⁵⁴.

Si osserva infine che il criterio in esame non offre un ausilio decisivo, perché può sussistere colpa con previsione anche quando l'agente preveda come probabile o seriamente possibile il verificarsi dell'evento e tuttavia decida di correre il rischio rappresentatosi per indolenza, o per imprudenza, trattandosi di soggetto particolarmente spericolato; al contrario, il dolo eventuale potrebbe configurarsi anche a fronte della previsione della semplice possibilità di realizzazione dell'evento, se questo è valutato ed accettato in collegamento con un diverso risultato perseguito intenzionalmente. In sostanza, viene ribadito che la diversità sul piano della previsione non necessariamente ha ricadute sul piano della volizione, mentre è proprio quest'ultima a rappresentare, nella volontà del legislatore, il *discrimen* tra le due figure di coefficiente soggettivo⁵⁵⁵.

Vari Autori concordano peraltro nel sostenere che, ferma restando la necessità di distinguere il dolo eventuale dalla colpa con previsione sulla base del profilo volitivo, l'elemento dell'intensità della probabilità possa valere come indizio per la qualificazione dell'elemento soggettivo⁵⁵⁶.

applicazione di un criterio discrezionale basato sul grado della previsione viene sottolineata anche da DE MATTEIS, *Dolo eventuale e tentativo*, in *Cass. pen.* 1997, p. 592.

⁵⁵⁴ CANESTRARI, op. ult. cit., p. 34 e EUSEBI, op. ult. cit., p. 77.

⁵⁵⁵ PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., p. 44.

⁵⁵⁶ Fra questi, CANESTRARI, op. ult. cit., p. 35; PROSDOCIMI, op. ult. cit., p. 44. G.V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli 1979, p. 142; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 330. Tali autori concordano nel ritenere che una calibrata applicazione della teoria in esame, ove contribuisca a far luce sui processi interiori del singolo, può far emergere elementi indiziari assai significativi per la qualificazione dell'elemento soggettivo. Sarebbe così consentito avvalersi anche di tale criterio, depurandolo dal contesto dogmatico nel quale è stato elaborato e non considerandolo come unico ed autonomo *ubi consistam*, per accertare l'esistenza di una ragionevole certezza nel non verificarsi dell'evento, in presenza della quale si configurerebbe la colpa cosciente e non il dolo eventuale.

DI SALVO, *Forme del dolo e compatibilità tra dolo eventuale e tentativo*, in *Cass. pen.* 1996, p. 1219, sottolinea invece che il criterio quantitativo potrebbe divenire rilevante solo quando è in grado di esprimere una situazione psicologica ontologicamente diversa, tale da legittimare una più grave qualificazione giuridica della fattispecie, e non una mera differenza di graduazione. Ciò si verificherebbe esclusivamente ove il reo si sia rappresentato l'evento in una visuale di certezza o quantomeno di elevata probabilità, mentre tutte le

In effetti tale criterio a volte è utilizzato dalla prassi giudiziaria, sebbene in correlazione con l'accettazione del rischio, considerata pur sempre il fondamento del dolo eventuale. La giurisprudenza ritiene insomma configurabile (o, meglio, provata) l'accettazione del rischio da parte dell'agente quando egli si sia rappresentato la verifica dell'evento con un grado di probabilità medio - alto⁵⁵⁷.

L'esistenza di questa correlazione tra l'atteggiamento psichico dell'agente nei riguardi dell'evento e la valorizzazione del profilo rappresentativo, che da elemento probatorio viene trasformato in requisito strutturale caratteristico del dolo eventuale, era già stata colta da alcuni critici delle teorie in esame.

Si osserva infatti che, se il criterio decisivo per individuare il dolo eventuale è costituito dal grado di possibilità con cui l'agente si rappresenta il verificarsi dell'evento, il fondamento del dolo resta pur sempre la mancata desistenza dall'azione, ovvero il non aver posto a contromotivo dell'agire la rappresentazione della probabilità. L'intensità della rappresentazione non è l'essenza del dolo eventuale: essa è costituita dall'atteggiamento dell'agente, una disposizione colpevole che ha trovato espressione nella violazione del diritto. Tuttavia il grado di probabilità del verificarsi dell'evento non è irrilevante ai fini della formazione della volontà. Infatti, nell'agire in uno stato di dubbio, quanto più è elevata la probabilità con la quale l'agente considera il verificarsi dell'evento, tanto più grande è la scarsa valutazione dei beni giuridici che si manifesta nel suo fatto. Il grado di probabilità

restanti ipotesi di relazione previsionale con l'evento dovrebbero refluire nell'ambito applicativo della colpa con previsione.

⁵⁵⁷ Si vedano Corte, Ass. App. Genova 21 dicembre 1965, in *Foro It.* 1966, II, p. 466; Cass. pen. 12 gennaio 1985, n° 4196, rv. 168989; Cass. pen. 17 gennaio 1981, in *Cass. Pen.* 1982, p. 218; Cass. pen. 25 gennaio 1989, n° 4916, rv. 180981; Cass. pen. S.U. 6 dicembre 1991, n° 3428, rv. 189405; Cass. pen. 17 settembre 2008, n° 44712, rv. 242610; Cass. pen. 11 novembre 2008, n° 2399, rv. 242297. Va peraltro segnalata Cass. pen. S.U. 14 febbraio 1996, n° 3571, rv. 204167, la quale, sebbene in relazione al confine tra dolo eventuale e dolo diretto, incentra la distinzione proprio sull'intensità del profilo rappresentativo: "sussiste il dolo eventuale quando l'agente, ponendo in essere una condotta diretta ad altri scopi, si rappresenta la concreta possibilità del verificarsi di ulteriori conseguenze della propria azione e, nonostante ciò, agisce accettando il rischio di cagionarle; quando invece l'ulteriore accadimento si presenta all'agente come probabile, non si può ritenere che egli, agendo, si sia limitato ad accettare il rischio dell'evento, bensì che, accettando l'evento, lo abbia voluto, sicché in tale ipotesi l'elemento psicologico si configura nella forma di dolo diretto e non in quella di dolo eventuale".

oggetto di rappresentazione è insomma considerato un dato sintomatico di un coefficiente interiore, sebbene oggettivizzatosi nel fatto⁵⁵⁸.

Recentemente l'impostazione è stata recepita e rielaborata da un altro Autore, il quale ha sostenuto che l'elemento volitivo necessario ai fini della configurabilità del dolo eventuale sarebbe integrato soltanto qualora l'agente si fosse determinato a porre in essere la condotta avendo previsto un livello elevato di probabilità di verificazione dell'evento, mentre le ipotesi di realizzazione di un evento previsto come meramente possibile o scarsamente probabile andrebbero ascritte alla sfera della colpa cosciente⁵⁵⁹. Si ribadisce, insomma, che la nozione di delitto doloso prevista dall'art. 43 c.p. non consente di fare a meno del requisito della volontà; ma si stabilisce un'interdipendenza stringente tra esso e le caratteristiche della previsione, in quanto la volontà sarebbe ravvisabile soltanto se l'agente si è determinato a realizzare la condotta essendosi rappresentato una elevata probabilità di realizzazione di un evento lesivo. La distinzione con la colpa cosciente in tal modo verrebbe riportata sul piano qualitativo, in quanto la scelta di agire a fronte della rappresentazione dell'elevata probabilità di verificazione dell'evento configurerebbe un quadro psicologico ontologicamente diverso rispetto a quello di chi si determina ad agire avendo previsto la verificazione dell'evento come

⁵⁵⁸ V. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 206 e ss. in rel. a SCHRÖDER, *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, cit., pp. 226 e ss.; BÜNGER, *Über Vorstellung und Wille, als Elemente der Subjektiven Verschuldung*, in *Zeit. Für die ges. Strafr.* 1886, pp. 339-340 e GROSSMANN, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, cit., pp. 1 e ss., 32 e ss.; con riferimento al pensiero di quest'ultimo autore si legge in particolare: "la violazione del diritto è colpevole quando esprime una disposizione, un sentimento colpevole. Questo consiste nella scarsa valutazione del bene di diritto leso e viene in considerazione quando si è oggettivizzato nel fatto. Esso è presente non soltanto nel caso dell'agire intenzionale e in quello della certezza dell'evento, ma anche nel caso della probabilità (dubbio) dell'evento medesimo. Il grado della probabilità del verificarsi dell'evento agisce sulla formazione della volontà. Nell'agire nel dubbio quanto più elevata è la probabilità con la quale l'agente considera il verificarsi dell'evento tanto più grande è la scarsa valutazione dei beni giuridici che si manifesta nel suo fatto e, quindi, tanto più grande la sua colpevolezza". Anche GALLO, *Il dolo*, cit., p. 215 sottolinea come la persona che si determina ad una certa condotta, pur prevedendo il probabile o possibile verificarsi di un evento vietato, mostra di preferire quest'ultimo alla rinuncia all'azione e, quindi, se ne accolla la responsabilità, accettando il rischio implicito nel suo comportamento.

⁵⁵⁹ DI SALVO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 1943.

scarsamente probabile. Tale ultima evenienza rientrerebbe nell'ambito applicativo della colpa con previsione⁵⁶⁰.

Questa consapevole commistione tra teoria della probabilità e teoria dell'accettazione del rischio (o qualsiasi altra teoria che richiede un coefficiente volitivo) comporta però il pericolo che dalla valorizzazione dell'aspetto rappresentativo in funzione di indizio del volere si passi alla presunzione del dolo, ovvero alla sua configurazione *in re ipsa* ove l'agente abbia agito in presenza di oggettive probabilità di verificazione dell'evento lesivo⁵⁶¹. L'ulteriore sviluppo di queste tendenze, come si vedrà, è poi rappresentato dal passaggio all'oggettivizzazione dell'aspetto volitivo, mediante la valorizzazione della tipologia di rischio di verificazione dell'evento attivato dalla condotta, ritenuto requisito strutturale sufficiente per la configurabilità del dolo eventuale, o quantomeno caratteristica esteriore del comportamento doloso necessaria per affermare che a monte vi fosse una volontà rivolta all'evento⁵⁶².

Sul piano sistematico, sia intendendo il riferimento alla previsione della possibilità o della probabilità dell'evento in senso esclusivo, sia che lo si prenda in considerazione per la sua correlazione con l'accettazione del rischio, le teorie in esame fanno dipendere il *discrimen* tra i due criteri di imputazione non dalla diversità del legame soggettivo tra l'agente e l'evento, effettivo nel dolo e potenziale nella colpa, bensì dal livello di tollerabilità della pericolosità della condotta per il bene giuridico. La ricostruzione del *Tatbestand* rilevante per l'imputazione soggettiva viene così incentrata sulla sola condotta, trasfigurando il legame con l'evento nel giudizio di pericolosità dell'azione.

Ciò che conta ai fini del dolo sarebbe insomma la rappresentazione del rischio, accompagnata dalla decisione di agire malgrado ciò; il suo oggetto è individuato ancora una volta sulla base della sola norma di determinazione. L'essenza del dolo viene quindi ravvisata nel rapporto tra il reo e la pretesa comportamentale

⁵⁶⁰ DI SALVO, op. loc. ult. cit.

⁵⁶¹ Cfr. LATTANZI-LUPO, op. ult. cit., p. 328 e BRICOLA, op. loc. ult. cit.

⁵⁶² Cfr. CERQUETTI, *Il dolo*, cit., pp. 181-182.

dell'ordinamento di non attivare certi pericoli reputati eccessivi, piuttosto che nella descrizione di una particolare modalità di realizzazione del fatto. Il dolo, da coefficiente di imputazione, viene trasformato in regola di ascrizione basata su esigenze di prevenzione: il comportamento doloso è quello che reca con sé un livello di pericolosità in presenza del quale si reputa opportuno reagire con la sanzione prevista per il reato doloso. La volontà dell'evento e la percezione del significato causale della propria condotta sono espresse dalla volontaria creazione di un pericolo, a prescindere da qualsiasi considerazione sulla rappresentazione della sua operatività nel caso concreto e con una surrettizia trasformazione delle conseguenze della condotta in condizione obiettiva di punibilità. Non si richiede infatti che l'accadimento sia previsto come "conseguenza" nei termini specificati nel capitolo precedente, reputandosi sufficiente la prefigurazione della sola adeguatezza della condotta alla sua produzione. Peraltro, in un ordinamento nel quale non sono previste indicazioni sulla probabilità statistica ai fini della distinzione tra dolo e colpa, un'impostazione di questo genere rappresenta una delega in bianco all'interprete, al quale è demandato il compito di individuare il limite di tollerabilità del comportamento a seconda della sua sensibilità o delle istanze di tutela promananti dalla società. In questo modo il requisito della volontà dell'evento diviene lo strumento tecnico per far penetrare istanze preventive nella definizione di un confine mobile del reato, in evidente contrasto con l'esigenza di determinatezza cui dovrebbe rispondere anche la configurazione della tipicità soggettiva della fattispecie.

8. Le teorie che muovono dalla distinzione tra tipologie di rischi attivati con la condotta

Alcune teorie, elevando tecniche di accertamento del coefficiente volitivo a caratteristiche strutturali dell'imputazione dolosa⁵⁶³, individuano il *discrimen* tra

⁵⁶³ V. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., pp. 27 e ss.; 50 e ss.; 70-71; 134 e ss.; ID., *In tema di accertamento del dolo, confusioni tra dolo e colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1987, pp. 1063 e ss. Cfr. sul tema anche PECORARO ALBANI, *Il dolo*, cit., pp. 204-205. L'esistenza di momenti volitivi impliciti anche in impostazioni fondate sul rischio è sottolineata da DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 349; DE SIMONE, *L'elemento*

dolo eventuale e colpa cosciente e, quindi, l'essenza del primo nella tipologia di rischio attivato con la condotta e nelle modalità con cui esso viene realizzato⁵⁶⁴. Significativo non sarebbe dunque l'atteggiamento dell'agente rispetto al rischio, bensì la natura del rischio in sé e per sé considerato.

Pur richiedendosi che l'agente si rappresenti tale rischio, la linea di demarcazione tra le due figure dipenderebbe unicamente da una qualificazione oggettiva di quest'ultimo: col variare di tale qualificazione, varierebbe anche il titolo di imputazione soggettiva⁵⁶⁵. Questa strada è percorsa soprattutto dagli autori inclini a ritenere che la volontà possa riferirsi soltanto alla condotta e che le conseguenze della stessa possano essere oggetto soltanto di previsione. Il marcatore del dolo eventuale sarebbe quindi costituito dalle particolari caratteristiche della previsione della possibilità dell'evento⁵⁶⁶ quale effetto della condotta; esse sono a loro volta legate a quelle della tipologia di rischio attivato.

soggettivo del reato: il dolo, in Bricola-Zagrebelsky, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino 1996, pp. 29-52.

⁵⁶⁴ Cfr. EUSEBI, op. ult. cit., p. 64. Si vedano anche CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., pp. 10 e ss., 55 e ss.; VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1984, p. 542.

A ben vedere non possono essere invece ricondotte a questa tendenza dottrinale le tesi che individuano nel dolo e nella colpa un requisito minimo oggettivo comune, rappresentato dalla necessità che le condotte dolose si caratterizzino per una pericolosità statistica non inferiore a quella sufficiente per un'incriminazione a titolo di colpa (si vedano DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., pp. 338 e ss., 350; ID., *Teoria del reato*, cit., p. 328; MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'imputazione oggettiva dell'evento o trasfigurazione della colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1991, pp. 3 e ss.). Si tratta di orientamenti formulati anzitutto per sostenere l'inerenza dei profili di imputazione soggettiva alla tipicità del fatto, prima che alla colpevolezza e per scongiurare il pericolo che all'agente doloso possa essere ascritta una quantità di rischi superiore rispetto all'agente che non aveva cattive intenzioni, così incentrando la differenza di trattamento sanzionatorio esclusivamente sul diverso atteggiamento interiore (DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., pp. 325 e ss.; ID., *Teoria del reato*, cit., pp. 255 e ss.). Tuttavia, sottolineando che c'è una componente comune al dolo ed alla colpa, queste impostazioni finiscono per consegnare il *discrimen* tra i due coefficienti di imputazione al solo momento volitivo interiore dell'agente, senza puntare sull'individuazione di un parametro oggettivo che consenta di distinguerli già in forza di differenze esteriori tra condotta dolosa e condotta colposa. Cfr. CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 14-15, 92 e ss., 105 e ss.; PAGLIARO, *Principi*, cit., pp. 342 e ss.; ID., *Imputazione obiettiva dell'evento*, cit., pp. 802 e ss.

⁵⁶⁵ G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 130.

⁵⁶⁶ L'origine delle teorie che individuano l'essenza del dolo eventuale in particolari caratteristiche del rischio attivato viene infatti rinvenuta nel già esaminato indirizzo per il quale la differenza tra dolo e colpa andrebbe ravvisata nel grado di probabilità assegnato dal soggetto agente al possibile realizzarsi dell'evento, così distinguendo nell'ambito della rappresentazione diversi livelli di intensità. Il criterio decisivo per il dolo viene ritenuto il grado di probabilità con cui l'agente si rappresenta il verificarsi dell'evento. Il fondamento del dolo risiederebbe invece nella mancata desistenza dall'azione, nel non aver posto a contro-motivo dell'agire la rappresentazione della probabilità.

La studiosa tedesca Ingeborg Puppe si sforza così di individuare concetti di rischio doloso e di rischio colposo osservando le caratteristiche intrinseche di essi. Il discrimine tra dolo e colpa, infatti, non andrebbe affidato ad un'indagine circa l'atteggiamento psichico del soggetto nei confronti della decisione di agire a favore della possibile lesione del bene giuridico, in quanto simili valutazioni, oltre che difficilmente praticabili, potrebbero paradossalmente valorizzare la capacità di rimozione o l'insensibilità emozionale del reo⁵⁶⁷.

Piuttosto, l'atteggiamento del soggetto agente deve essere valutato in chiave oggettiva, considerandolo un individuo ragionevole capace di optare in modo razionale tra alternative comportamentali e, quindi, di partecipare al processo di "comunicazione sociale"⁵⁶⁸. Sicché, presupposta sia nel dolo eventuale che nella

L'intensità della rappresentazione non è tuttavia l'essenza del dolo eventuale. Essa viene pur sempre rinvenuta in un atteggiamento soggettivo, una disposizione colpevole che ha trovato espressione nella violazione del diritto. Il grado di probabilità del verificarsi dell'evento non è però irrilevante ai fini della formazione della volontà. Infatti, nell'agire in uno stato di dubbio, quanto più è elevata la probabilità con la quale l'agente considera il verificarsi dell'evento, tanto più grande è la scarsa valutazione dei beni giuridici che si manifesta nel suo fatto. Il grado di probabilità oggetto di rappresentazione è insomma ancora considerato un dato sintomatico di un coefficiente interiore, sebbene oggettivizzatosi nel fatto. V. PECORARO ALBANI, op. ult. cit., pp. 206 e ss. Cfr. anche EUSEBI, op. ult. cit., pp. 76 e ss.

La stretta relazione esistente tra teorie oggettivistiche ed impostazione che distingue dolo eventuale e colpa con previsione sulla base del diverso livello di intensità della rappresentazione dell'evento quale effetto della condotta emerge chiaramente dalla elaborazione di Jakobs (v. CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 57 e ss. in relazione a JAKOBS, *Strafrecht*, Berlin-New York 1983; ID., *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin-New York 1972; ID., *Das Schuldprinzip*, Opdalen 1993). Ad avviso dell'Autore si avrebbe dolo eventuale allorché l'agente abbia reputato "non improbabile" la realizzazione dell'evento; si avrebbe invece colpa cosciente nel caso in cui l'agente abbia supposto la mancanza di probabilità di verificazione dell'evento. Jakobs, inoltre, sostiene che vi siano determinate situazioni di rischio oggettivamente elevato nelle quali, tuttavia, l'elevata probabilità statistica non rileverebbe, a causa di una sorta di "assuefazione al rischio" dovuta alla convivenza comune e generalizzata con dette situazioni. Detta assuefazione determinerebbe l'irrelevanza della rappresentazione dell'intensità del rischio, in quanto quest'ultimo, seppur elevato, verrebbe percepito come trascurabile (si fanno gli esempi dei rischi dovuti alla circolazione stradale dopo la moderata assunzione di alcolici, ovvero senza il rispetto della distanza di sicurezza o, ancora, con superamento dei limiti di velocità). L'Autore ritiene quindi che, ai fini dell'inquadramento del dolo eventuale, debbano essere valutati due criteri oggettivi, quello dell'intensità del rischio e quello del peso del bene giuridico aggredito. Egli, tuttavia, non giunge ad assegnare all'entità obiettiva del pericolo la funzione di criterio distintivo esclusivo, limitandosi ad apportare un correttivo di carattere statistico al tradizionale binomio "presa sul serio del rischio" / "sicura fiducia nella non realizzazione dell'evento". Il riferimento all'intensità del rischio ed al peso del bene giuridico, nella sua impostazione, ha infatti lo scopo di verificare quando sussiste l'atteggiamento fiducioso dovuto ad irresponsabile leggerezza tipico della colpa con previsione, operando una valutazione oggettiva e non personalizzata dell'incidenza dei due fattori ai fini decisionali, da escludere ove la consapevolezza dell'intensità del pericolo dovesse all'uopo considerarsi un'entità trascurabile (V. CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 57-58; EUSEBI, op. ult. cit., p. 93).

⁵⁶⁷ CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 118-119.

⁵⁶⁸ CANESTRARI, op. ult. cit., p. 119.

colpa cosciente la rappresentazione del pericolo del verificarsi di un evento quale conseguenza della condotta, la differenza tra i due coefficienti di imputazione può essere colta rispondendo all'interrogativo se il comportamento dell'agente esprima (al di là di rimozioni soggettive o speranze) l'accettazione del rischio e della lesione, ovvero l'adozione di una strategia utile alla produzione di un evento conforme a quello previsto dalla fattispecie legale. In sostanza, ricorrerebbe il dolo ove il pericolo attivato con la condotta risulti di tale qualità e quantità che un uomo ragionevole l'avrebbe corso soltanto se d'accordo con la realizzazione dell'evento: la volontà non viene più intesa come concetto psicologico, bensì obbiettivizzata quale espressione di un volere ricostruito secondo criteri razionali di comportamento e di scelta.

Viceversa, si verserebbe nell'ambito di un rischio tipicamente colposo nel caso in cui rispetto ad esso chiunque agisca in modo razionale e giudizioso può avere una fiducia seria nel fatto che l'evento non si verificherà. All'uopo la valutazione non deve concentrarsi esclusivamente sui profili quantitativi concernenti il grado di probabilità del verificarsi dell'evento, ma anche su quelli qualitativi, quali l'evidenza del pericolo, la verosimiglianza della sua concretizzazione, la maggiore o minore vicinanza od incombenza del rischio; inoltre, deve essere operata alla luce di tutte le circostanze del caso concreto e non del solo dei fattori di rischio generati dal comportamento del reo⁵⁶⁹.

Anche un altro studioso tedesco, Herzberg, individua il confine tra il dolo e la colpa nella fattispecie oggettiva dell'illecito, cioè nel tipo di pericolo di cui un

⁵⁶⁹ V. EUSEBI, op. ult. cit., pp. 68-69 e 74 e CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 119 e 120, in relazione a PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg 1992; ID., *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, in ZStW 1991. Al rischio oggettivamente intollerabile, ovvero del tutto irrazionale per un operatore sensato, sembra richiamarsi Cass. Pen. 27 ottobre 2011, n° 3222, pubblicata con commento di PIRAS, *Il dolo eventuale si espande all'attività medica*, in www.penalecontemporaneo.it, sebbene la pronuncia in realtà tragga le mosse dall'impostazione che ritiene configurabile il dolo eventuale in presenza di una deliberazione all'esito della quale il reo abbia subordinato un bene giuridico ad un altro, da accertarsi mediante la prima formula di Frank. La Suprema Corte, infatti, nell'annullare con rinvio una condanna emessa nei confronti del titolare di uno studio medico per le lesioni cagionate ad un paziente da un soggetto privo della necessaria abilitazione professionale operante all'interno della struttura, fa leva sul contesto illecito nel quale l'autore materiale del reato si muoveva (in quanto abusivamente esercente la professione medica), richiamando la rilevanza di questo dato come indicatore di un atteggiamento doloso e non semplicemente colposo.

determinato soggetto abbia consapevolezza nel momento in cui agisce⁵⁷⁰. La sussistenza del dolo non dipenderebbe dal fatto che l'agente non ha preso sul serio un rischio, ma dalla consapevolezza di agire in presenza di un rischio da prendere sul serio. Questa circostanza si verificherebbe ogni volta che l'autore della condotta, ad una riflessione razionale, non possa fondatamente contare sul fatto che, durante o dopo la sua condotta, una prestazione propria o altrui possa essere in grado di dominare il pericolo attivato⁵⁷¹. Quel che rileverebbe, in sostanza, non è l'entità del pericolo in sé considerata, bensì la sua qualità, espressa dalla sussistenza o meno di fattori "schermanti"⁵⁷². Si distingue così tra "rischio schermato" e "rischio non schermato". Il "rischio schermato" si ha quando esso appaia oggettivamente affrontabile, perché il soggetto agente può fare affidamento sulle capacità proprie o di terzi. Il "rischio non schermato", invece, è quello che non risulta controllabile⁵⁷³.

La prospettiva è soltanto apparentemente diversa rispetto a quella delineata da Ingeborg Puppe. Quest'ultima incentra la valutazione sulle caratteristiche intrinseche del rischio, mentre Herzberg dà rilievo ad un fattore che si contrappone al rischio. La valutazione delle caratteristiche del rischio, tuttavia, a ben vedere va effettuata tenendo conto di tutti i fattori che agiscono sul rischio stesso, considerato nel suo complesso; quindi, eventualmente, anche dei fattori schermanti⁵⁷⁴.

⁵⁷⁰ CANESTRARI, op. ult. cit., p. 62.

⁵⁷¹ V. EUSEBI, op. ult. cit., pp. 71 e ss. e CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 62 e ss., in relazione a HERZBERG, *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung von bewusst fahrlässigen Verhalten*, in *JZ* 1988; ID., *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußt fahrlässigkeit – ein problem des objektiven Tatbestandes*, in *Jus*, 1986.

⁵⁷² EUSEBI, op. ult. cit., pp. 73-74. Si vedano anche DELITALA, op. ult. cit., p. 446 e NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., p. 306.

⁵⁷³ CANESTRARI, op. loc. ult. cit.; v. anche G.A. DE FRANCESCO, op. ult. cit., p. 131 ove viene riportato il famoso esempio (tratto da LACMANN, *Die abgrenzung der schulformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen strafgesetzbuch*, in *ZStW* 1911, p. 159) di colui che, per vincere una scommessa, accetta di sparare ad una pallina in mano ad una ragazza, ben consapevole che potrebbe anche colpire quest'ultima: la circostanza che l'agente abbia cercato di non colpire la donna non toglie nulla al fatto che egli non fosse in possesso di alcun motivo tale da indurlo a ritenere di poter aver successo nella sua impresa, per cui la sua irrazionale fiducia nella fortuna non potrà far venir meno il carattere non schermato del pericolo creato.

⁵⁷⁴ V. EUSEBI, op. ult. cit., p. 74.

Piuttosto il dato differenziale va individuato nel fatto che mentre Puppe individua l'essenza del dolo nel tipo di rischio in sé considerato, Herzberg non intende porre un criterio realmente innovativo rispetto a quello tradizionale, che incentra la caratteristica del dolo eventuale sulla decisione di agire nella consapevolezza della serietà del rischio. Egli opera soltanto una differente collocazione di tale criterio, abbandonando la diretta osservazione dello stato interiore dell'agente in favore della valorizzazione delle caratteristiche esteriori, degli indicatori di esso, tra i quali il requisito della schermatura mancante, dando vita ad una teoria volontaristica (della presa sul serio del rischio) oggettivizzata⁵⁷⁵.

Si è correttamente osservato che il tentativo di oggettivazione del criterio di demarcazione tra dolo eventuale e colpa con previsione non ad altro tende che ad introdurre un criterio di semplificazione probatoria: alle difficoltà di risalire al tipo di atteggiamento psicologico dell'agente si cerca di ovviare trasferendo il problema dal piano soggettivo a quello oggettivo, ovvero ricostruendo la struttura delle due figure in funzione di una pura e semplice verifica del tipo di rischio oggettivamente riscontrabile nelle singole ipotesi⁵⁷⁶.

Non si tratta di una prospettiva erronea sul piano metodologico: in certi ambiti distinguere tra profilo sostanziale e profilo processuale è difficile, se non impossibile, dato che essi sono talmente collegati da essere intercambiabili e

⁵⁷⁵ V. CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 62 e 63, 118.

Vi è una notevole affinità tra la teoria di Herzberg e quella elaborata in precedenza da Kaufmann (sulla quale si vedano EUSEBI, op. ult. cit., pp. 73-74; CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 41 e ss.; HASSEMER, *Caratteristiche del dolo*, cit., pp. 482 e ss. e PROSDOCIMI, op. ult. cit., p. 15 in relazione a KAUFMANN, *Der dolus eventualis* *sim Deliktsaufbau*, in *ZStW* 1958), in quanto in entrambe viene individuato un criterio finalizzato alla limitazione della fiducia di poter evitare l'evento, mediante l'oggettivizzazione non tanto del dolo eventuale, quanto del suo confine con la colpa con previsione, richiedendosi che la suddetta fiducia, per essere rilevante, si manifesti già nelle modalità di svolgimento della condotta. Ad avviso di Kaufmann l'elemento decisivo per distinguere dolo eventuale e colpa cosciente sarebbe costituito dalla condotta del reo volta ad evitare l'evento collaterale o secondario. La contro-attività e la relativa scelta dei mezzi e delle modalità di esecuzione viene elevata a criterio oggettivo per l'indagine sulla volontà di realizzazione dell'illecito. Pur in presenza della rappresentazione dell'esito offensivo della condotta, infatti, non si potrà mai configurare il dolo eventuale qualora il reo abbia predisposto fattori antagonisti alla produzione dell'evento, dato che l'adozione delle contromisure è inconciliabile con la volontà caratteristica dell'illecito doloso. La differenza con la teoria di Herzberg sta nel fatto che quest'ultimo Autore conferisce rilevanza anche a fattori schermanti esterni alla condotta del reo.

⁵⁷⁶ G.A. DE FRANCESCO, op. ult. cit., p. 132.

funzionalmente equivalenti⁵⁷⁷. Tuttavia questo inscindibile connubio non può essere utilizzato per sostituire l'effettiva conoscenza e volontà degli elementi del fatto con la mera possibilità di conoscerli o con il dover conoscere, in quanto, per tal via, si opera una surrettizia trasformazione del dolo nella colpa, andando in chiaro contrasto con il dettato normativo⁵⁷⁸. Il dolo eventuale diviene così lo strumento per legittimare la confusione tra potenza ed atto, impoverendo il momento volitivo dell'illecito doloso⁵⁷⁹.

D'altra parte, il mero riferimento a situazioni oggettive non sempre consente deduzioni automatiche circa la presenza di un corrispondente titolo di imputazione soggettiva. Le distinzioni di carattere puramente oggettivo andrebbero integrate con le considerazioni attinenti alla struttura psicologica, che nel dolo è caratterizzata dalla volontarietà delle conseguenze e nella colpa dalla rimproverabilità della violazione delle regole di diligenza. Questo tipo di conclusione è l'unica compatibile con il diritto penale italiano, dato che il nostro ordinamento incentra la distinzione tra dolo e colpa sulla dimensione psicologica del comportamento, per cui affidarsi ad un criterio puramente oggettivo significa tradire la *ratio* e la lettera di una precisa scelta del legislatore⁵⁸⁰.

Sul piano sistematico, dato che le teorie in esame fanno dipendere il *discrimen* tra i due criteri di imputazione non dalla diversità del legame soggettivo tra l'agente e l'evento, effettivo nel dolo e potenziale nella colpa, bensì dal livello di tollerabilità della pericolosità della condotta per il bene giuridico, la ricostruzione del *Tatbestand* rilevante per l'imputazione soggettiva viene incentrata sulla sola condotta, trasfigurando il legame con l'evento nel giudizio di pericolosità dell'azione.

⁵⁷⁷ VOLK, *Diritto penale ed economia*, in *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino 1998, p. 181.

⁵⁷⁸ MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano 1996, p. 145.

⁵⁷⁹ PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2000, p. 1266.

⁵⁸⁰ Ancora G.A. DE FRANCESCO, op. ult. cit., p. 134.

Ciò che conta ai fini del dolo sarebbe insomma la rappresentazione del rischio, accompagnata dalla decisione di agire malgrado ciò; il suo oggetto è individuato ancora una volta sulla base della sola norma di determinazione. L'essenza del dolo viene quindi ravvisata nel rapporto tra il reo e la pretesa comportamentale dell'ordinamento di non attivare certi pericoli reputati eccessivi, piuttosto che nella descrizione di una particolare modalità di realizzazione del fatto.

Il dolo, da coefficiente di imputazione, viene trasformato in regola di ascrizione basata su esigenze di prevenzione: il comportamento doloso è quello che reca con sé un livello di pericolosità in presenza del quale si reputa opportuno reagire con la sanzione prevista per il reato doloso. La volontà dell'evento e la percezione del significato causale della propria condotta sono espresse dalla volontaria creazione di un pericolo, a prescindere da qualsiasi considerazione sulla rappresentazione della sua operatività nel caso concreto, con una surrettizia trasformazione delle conseguenze della condotta in condizione obiettiva di punibilità. Non si richiede infatti che l'accadimento sia previsto come "conseguenza" nei termini specificati nel capitolo precedente, reputandosi sufficiente la prefigurazione della sola adeguatezza della condotta alla sua produzione.

Si aggiunga che, in mancanza di indicazioni normative circa le caratteristiche alle quali avere riguardo per distinguere i rischi dolosi da quelli colposi, un'impostazione come quella in esame determina una delega in bianco all'interprete, al quale è demandato il compito di individuare il limite di tollerabilità del comportamento a seconda della sua sensibilità o delle istanze di tutela promananti dalla società. In questo modo il requisito della volontà dell'evento diviene lo strumento tecnico per far penetrare istanze preventive nella definizione di un confine mobile del reato, in evidente contrasto con l'esigenza di determinatezza cui dovrebbe rispondere anche la configurazione della tipicità soggettiva della fattispecie.

9. Il tentativo di descrivere il dolo eventuale mediante la sintesi tra caratteristiche oggettive del rischio e profilo psicologico

Prendendo spunto dagli orientamenti oggettivistici, in una prospettiva sintetica si sostiene che il dolo eventuale costituirebbe una nozione complessa, risultante da una valutazione combinata delle caratteristiche oggettive della condotta e del profilo volitivo interiore. Le prime avrebbero la funzione di compensare la minore intensità della componente volitiva del dolo eventuale ed, al tempo stesso, di selezionare una qualità di rischi (da valutare *ex ante* ed in concreto in relazione al comportamento storico) che oltrepassi l'area della pericolosità tipica della condotta colposa. La differenziazione fra responsabilità per dolo e responsabilità per colpa emergerebbe dunque innanzitutto dalla tipologia del rischio attivato e, quindi, dalle caratteristiche sociali ed oggettive del comportamento assunto dall'agente, fermo restando che tale connotazione della condotta non sarebbe di per sé sufficiente a configurare il dolo eventuale⁵⁸¹. La struttura del dolo eventuale si articolerebbe piuttosto su tre livelli: il pericolo situazionale di produzione dell'offesa, la rappresentazione di detto pericolo da parte dell'agente, la decisione personale a favore della possibile lesione del bene giuridico. I tratti differenziali di dolo e colpa non andrebbero quindi ravvisati unicamente nel versante interiore, ma anche nella particolare dimensione del rischio, che dovrebbe rappresentare il presupposto per l'applicazione della figura, ovvero per "sorreggere" la "decisione" del reo a favore della possibile lesione del bene giuridico⁵⁸².

L'analisi dell'Autore di questa teoria è molto articolata e prende le mosse dalla critica dell'idea per la quale dolo e colpa sarebbero accomunati da uno "zoccolo normativo" comune costituito dalla misura impersonale della colpa, così come sostenuto dalle teorie basate sul principio "non c'è dolo senza colpa"⁵⁸³.

⁵⁸¹ CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., pp. 158-159.

⁵⁸² CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 20-21, 158.

⁵⁸³ CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 105 e ss.

Si osserva in particolare che i concetti di diligenza e prudenza, alla base dell'individuazione delle regole cautelari e dell'area del rischio consentito, sarebbero inadeguati, se non del tutto inutili, per enucleare la dimensione di rischio tipica di un'attività rivolta all'offesa intenzionale o comunque voluta di beni giuridici. La nozione di regola cautelare sarebbe in grado di rivestire un significato ermeneutico soltanto ove abbia come punto di riferimento un risultato non voluto, mentre il requisito del pericolo nella fattispecie oggettiva del delitto doloso avrebbe una configurazione del tutto differente e non potrebbe essere misurato mediante la mediazione del *corpus* cautelare del delitto colposo⁵⁸⁴. In secondo luogo, il principio “non c'è dolo senza colpa” recherebbe in sé il rischio di conferire carattere meramente normativo alla componente conoscitiva del dolo e, di conseguenza, di determinare, in sede di accertamento della stessa, inammissibili presunzioni, confondendo la conoscenza attuale di tutti i connotati del fatto con la verifica della possibilità di rappresentazione⁵⁸⁵.

Dolo e colpa hanno in comune soltanto il primo livello della loro struttura, costituito dall'esistenza di una percepibile situazione di pericolo di produzione dell'offesa. Le caratteristiche di questa componente normativa variano a seconda del tipo di illecito che si ha di fronte, in quanto il giudizio di riconoscibilità effettuato ai fini della responsabilità dolosa si atteggia in maniera differente rispetto all'analogo giudizio effettuato ai fini della responsabilità colposa, determinando un rapporto *aliud ad aliud* fra “rischio doloso” e “rischio colposo”⁵⁸⁶.

Nell'individuazione della componente oggettiva dell'illecito colposo la valutazione della pericolosità della condotta è effettuata sulla base della prevedibilità oggettiva. Il giudizio ha natura ipotetica, in quanto quel che rileva è il

⁵⁸⁴ CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 109-111; ID., *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova 1989, p. 121; cfr. anche MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, cit., p. 233 e DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 337.

⁵⁸⁵ CANESTRARI, op. ult. cit., 116.

⁵⁸⁶ CANESTRARI, op. ult. cit., 173-174. L'Autore indica chiaramente che la “percepibile” situazione di pericolo costituisce il “primo livello” della struttura del dolo e della colpa precisando, tuttavia, che tale “componente normativa” assume caratteristiche diverse a seconda che si tratti di responsabilità dolosa o responsabilità colposa.

dovere di riconoscere la pericolosità della condotta: la misura oggettiva della colpa ha inevitabilmente connotazione impersonale e l'accertamento non può essere effettuato mediante un metro di valutazione così individualizzato da coincidere con l'agente reale. D'altra parte, non può essere neppure fondato su quanto non sia generalmente riconoscibile⁵⁸⁷. Il criterio dell'*homo eiusdem conditionis et professionis* svolge appunto la funzione di individuare i limiti del dovere di riconoscere: esso seleziona i contesti di rischio rilevanti sul piano della fattispecie oggettiva colposa mediante il rinvio ad una pluralità di figure di agenti modello, ciascuna con proprie conoscenze nomologiche ed ontologiche e capacità psicofisiche. La riconoscibilità del pericolo di lesione dovrà essere verificata ipotizzando un soggetto riconducibile ad una determinata figura di agente modello ed operante in maniera coscienziosa ed avveduta nella situazione concreta⁵⁸⁸.

Detto giudizio di riconoscibilità (e, quindi, di "evitabilità") può tenere conto delle eventuali superiori conoscenze o capacità dell'agente concreto. Ciò tuttavia non comprometterebbe la funzione centrale del parametro dell'*homo eiusdem conditionis et professionis*. L'ampliamento della sfera della responsabilità colposa determinato da tali eventuali superiori conoscenze o capacità, infatti, opera pur sempre nell'ambito del parametro dell'*homo eiusdem conditionis et professionis* ed entro il limite di quanto esigibile dall'agente modello. La valutazione della riconoscibilità e dell'esigibilità può essere sicuramente più o meno individualizzata sulla base delle superiori conoscenze possedute dall'agente concreto, ma mai oltre il limite di ciò che sia "in generale" possibile riconoscere *ex ante*. In questo senso si attuerebbe, nella maggior parte dei casi, un processo di "soggettivizzazione *in bonam partem*"⁵⁸⁹.

In questo contesto chi agisce con colpa con previsione, pur consapevole del significato teleologico della regola di cautela nel caso concreto e della sua "attualità

⁵⁸⁷ CANESTRARI, op. ult. cit., p. 174.

⁵⁸⁸ CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 174-175.

⁵⁸⁹ CANESTRARI, op. loc. ult. cit.

preventiva” nei riguardi dell’evento lesivo, non si adegua allo *standard* di diligenza nella convinzione di essere in grado di padroneggiare lo sviluppo del pericolo che detto *standard* mirava a neutralizzare⁵⁹⁰.

Nel giudizio relativo alla responsabilità dolosa, invece, sebbene anche in essa vi sia uno zoccolo normativo, sul quale si innesta la decisione del reo, la componente oggettiva dell’illecito non va identificata mediante il parametro impersonale tipico della colpa, in quanto detta responsabilità non prevede il filtro rappresentato dal riferimento ad una pluralità di figure modello. Nella struttura del reato doloso il giudizio sulla pericolosità della condotta non è fondato sulle circostanze riconoscibili in virtù di “modelli di sapere” elaborati mediante il rinvio allo scibile delle tipologie sociali di volta in volta considerate. Piuttosto, la base della prognosi deve essere quella utilizzata nel giudizio di idoneità degli atti tipico del delitto tentato: anche in questi casi il metro di valutazione è una base parziale *ex ante*, ma esso è più “esteso” e più “esigente” di quello applicabile nel delitto colposo⁵⁹¹. Ne consegue che si deve sempre aver riguardo alle conoscenze personali dell’agente concreto, senza la mediazione culturale costituita dalla valutazione da parte di un avveduto spettatore neutrale: le eventuali conoscenze superiori possedute dall’agente concreto andranno ad aggiungersi rispetto a quelle esigibili dall’agente modello, ma in modo indipendente e svincolato da esse, senza l’effettuazione di alcun processo di astrazione *in bonam partem* dell’insieme di circostanze note all’agente concreto⁵⁹².

Nel reato doloso possono dunque acquistare rilievo circostanze ulteriori rispetto a quelle utilizzabili per il giudizio sulla colpa: mentre in quest’ultima il profilo oggettivo viene valutato assumendo come parametro la condotta che avrebbe tenuto l’agente modello, nell’illecito doloso l’osservatore esterno deve non solo calarsi nella situazione temporale e spaziale di chi agisce, ma anche acquisire le sue

⁵⁹⁰ CANESTRARI, op. ult. cit., p. 176.

⁵⁹¹ CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 176-177.

⁵⁹² CANESTRARI, op. ult. cit., p. 179.

concrete cognizioni ontologiche e nomologiche e tenere conto delle sue eventuali speciali capacità psicofisiche rilevanti per la comprensione della dinamica del fatto. In sostanza, mentre la valutazione della colpa è caratterizzata da impersonalità, quella funzionale all'accertamento di un pericolo doloso è personalizzata, alla stessa stregua di quel che accade nella verifica dell'idoneità degli atti nel tentativo⁵⁹³.

Or, posto che la sfera del pericolo doloso non può essere costituita dalla medesima entità di rischio tipica della componente oggettiva dell'illecito colposo, bensì da un rischio qualitativamente differente, che determini il superamento dell'area contigua della pericolosità della condotta colposa, la soluzione di continuità tra le due tipologie di rischio viene individuata nel riferimento "in negativo" al parametro dell'agente modello. La condotta dolosa, in altri termini, si caratterizzerebbe non soltanto per la creazione di un rischio non consentito, ma altresì di un rischio la cui assunzione nel caso concreto non avrebbe neppure potuto neppure essere presa in considerazione da un qualsivoglia agente modello, ovvero avrebbe potuto esserlo soltanto a condizione di spogliarsi della veste di agente modello. La circostanza che non sia individuabile una "figura tipo" (e, in particolare, della stessa tipologia sociale dell'agente concreto) che avrebbe preso "seriamente in considerazione" il rischio senza esprimere nella decisione di agire malgrado ciò la volontà dell'offesa costituisce un indice a favore della natura dolosa del rischio stesso. Viceversa, depone a favore della natura colposa di un determinato pericolo oggettivo la circostanza che sia possibile ipotizzare una "figura tipo" la quale avrebbe potuto prendere in considerazione il pericolo stesso⁵⁹⁴.

Questa base normativa non esaurisce la struttura del dolo eventuale, ma assicura un più "robusto fondamento" alla "decisione a favore della possibile lesione del bene giuridico" in cui detto coefficiente di imputazione consiste. L'Autore non ha in sostanza creato un nuovo criterio di distinzione fra dolo eventuale e colpa cosciente, ma ha ritenuto di individuare criteri di distinzione fra le figure in esame anche sul piano oggettivo, al fine di assicurare la corretta applicazione del vero criterio

⁵⁹³ CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 179, 184.

⁵⁹⁴ CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 198 e ss.

discretivo, ovvero la “decisione a favore della possibile lesione del bene giuridico”. L’analisi del livello oggettivo del rischio è quindi necessaria, ma non sufficiente né decisiva ai fini del giudizio complessivo per la soluzione dell’alternativa fra dolo eventuale e colpa cosciente, in quanto occorre pur sempre verificare il profilo soggettivo, costituito da due ulteriori livelli propri della responsabilità dolosa, quello della rappresentazione e quello della volontà⁵⁹⁵. Sul presupposto del rischio doloso l’Autore valorizza l’autonomia ed il significato degli altri livelli: sul piano della cognizione viene reputata necessaria la rappresentazione effettiva del possibile esito lesivo; sul piano della volontà, alcuni indicatori (quali ad esempio il comportamento attuato per evitare il risultato lesivo, o la particolare vicinanza emotiva tra reo e vittima) sono considerati idonei ad escludere la configurabilità della decisione personale in favore della lesione del bene giuridico e, quindi, a negare la sussistenza dei presupposti per muovere un rimprovero doloso⁵⁹⁶.

Questa impostazione valorizzerebbe non solo il concetto di “decisione a favore della possibile lesione del bene giuridico”, ma anche il criterio della “motivata fiducia che, in concreto, l’evento non si verificherà”, qualora si tratti di “rischio colposo”. La motivata fiducia, infatti, giammai potrebbe configurarsi qualora un determinato pericolo non avrebbe potuto neppure essere preso in considerazione dall’osservatore esperto, dotato delle stesse capacità e cognizioni dell’agente concreto al momento di realizzazione della condotta e posto nelle vesti dell’*homo eiusdem conditionis et professionis*⁵⁹⁷. Ne deriverebbe quindi una definizione più precisa e maggiormente aderente al principio di tassatività della linea di demarcazione fra dolo eventuale e colpa cosciente, in quanto ancorata alla dimensione sociale del comportamento tenuto dall’agente⁵⁹⁸. Inoltre da un lato

⁵⁹⁵ CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 161, 176, 195, 197; ID., *La definizione legale di dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2001, p. 924.

⁵⁹⁶ CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 202.

⁵⁹⁷ CANESTRARI, op. ult. cit., p. 156.

⁵⁹⁸ CANESTRARI, op. ult. cit., p. 161. Anche VENEZIANI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Studium iuris* 2001, p. 73, è dell’idea che una concezione della struttura della responsabilità per dolo eventuale basata su tre livelli (livello oggettivo del “rischio”, elemento intellettuale ed elemento volitivo) concorrerebbe a delineare in modo più preciso la distinzione fra dolo eventuale e colpa cosciente.

verrebbe ridotto, se non eliminato, il rischio di eccessiva soggettivizzazione del dolo -scongiurando così l'imputazione del fortuito o del *dolus malus* congiunto ad un comportamento che si arresti allo stadio del tentativo inidoneo⁵⁹⁹-; dall'altro, quello del ricorso a schemi presuntivi nell'accertamento del dolo eventuale⁶⁰⁰.

La teoria esaminata in realtà non ha vera e propria autonomia concettuale rispetto ad altre. L'Autore individua infatti l'essenza della categoria del dolo e, quindi, anche del dolo eventuale, nella decisione per la possibile lesione del bene giuridico da parte dell'agente, mentre la colpa cosciente si caratterizzerebbe per un atteggiamento psicologico nel quale convivono previsione dell'evento e motivata fiducia circa la non verifica dello stesso. La distinzione tipologica tra rischio colposo e rischio doloso, a ben vedere, assume la funzione di reperire una solida piattaforma probatoria per verificare se l'agente, avendo agito con la consapevolezza dei possibili effetti della condotta, con il suo comportamento abbia espresso una decisione per la possibile lesione del bene giuridico protetto, oppure abbia operato con la ragionevole convinzione del fatto che l'evento non si sarebbe verificato, compiendo tuttavia una valutazione poco accorta rispetto a quella che ci si sarebbe attesi da un agente modello. La natura sintetica della proposta ermeneutica comporta quindi che essa convogli su di sé le critiche formulate nei riguardi della teoria della decisione per la possibile lesione del bene giuridico e delle teorie che ancorano la distinzione tra dolo eventuale e colpa con previsione sulle qualità del rischio attivato. Né la combinazione di diverse opzioni ricostruttive della categoria del dolo eventuale può dirsi che abbia consentito il superamento dei limiti sistematici di ciascuna di esse.

Invero, non sembra affatto scongiurato il pericolo di un'eccessiva normativizzazione del dolo, con la conseguente individuazione della linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente esclusivamente sul piano del tipo di rischio attivato. L'Autore richiama infatti la possibile valorizzazione di indicatori

⁵⁹⁹ CANESTRARI, op. ult. cit., pp. 176-177.

⁶⁰⁰ CANESTRARI, op. ult. cit., p. 161. Per un'interessante applicazione della teoria ai reati fallimentari si veda ID., "*Rischio d'impresa*" e imputazione soggettiva nel diritto penale, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 2003, pp. 559 e ss.

idonei ad escludere la configurabilità della decisione personale in favore della lesione del bene giuridico e, quindi, a negare la sussistenza dei presupposti per muovere un rimprovero doloso. Tuttavia resta il fatto che, in mancanza di essi, la dimostrazione di detta decisione viene ancorata all'attivazione di una tipologia di rischio in presenza della quale sarebbe irragionevole sostenere che il soggetto agente non avesse assunto un atteggiamento doloso rispetto al verificarsi dell'evento. Il che significa ritenere il dolo *in re ipsa* nel tipo di comportamento posto in essere, elevando un criterio probatorio a caratteristica strutturale del delitto doloso⁶⁰¹.

La formula del rischio a tal punto scellerato da escludere che un qualsivoglia agente modello avrebbe potuto prenderlo in considerazione non introduce un criterio univoco di distinzione tra dolo eventuale e colpa con previsione, ovvero ne affida la definizione all'interprete. Non c'è infatti una norma che definisca il limite oltre il quale il rischio creato debba ritenersi così scellerato da essere incompatibile con un atteggiamento colposo, sicché l'individuazione del piedistallo normativo della linea di confine tra le due forme di imputazione viene delegata all'organo giudicante ed esposta ad oscillazioni influenzate dalle esigenze di prevenzione espresse dalla società in un dato momento storico in relazione ad un certo settore di attività. Mentre, infatti, l'individuazione del comportamento ideale ai fini del giudizio di colpa trova fondamento in parametri extrapenali, basati su norme di settore o su consolidate regole di condotta dettate dall'esperienza, non esistono criteri oggettivi per determinare fin dove potrebbe spingersi un ipotetico comportamento inosservante dell'agente modello senza implicare una assoluta irragionevolezza della scelta di agire nel caso concreto e, quindi, senza esprimere una decisione per la possibile lesione del bene giuridico. La figura dell'agente modello costituisce un valido criterio ermeneutico soltanto per individuare il comportamento che sarebbe stato necessario tenere, non anche per determinare fin dove detto agente si sarebbe spinto nel violare le regole cautelari, essendo le caratteristiche della figura tarate per definizione sul rispetto di dette regole. La

⁶⁰¹ Per spunti critici di analogo tenore si veda MANNA, *Corso di diritto penale, Pt. Gen.*, Padova 2007, p. 328.

proposta ermeneutica, dunque, lungi dal conferire maggiore tassatività alla distinzione tra dolo eventuale e colpa con previsione, introduce elementi di incertezza nella determinazione della base normativa di ciascuna figura di imputazione soggettiva⁶⁰².

Infine, la decisione per la lesione del bene giuridico viene ancorata pur sempre ad una rappresentazione del verificarsi dell'evento in termini di possibilità, non richiedendosi nell'agente la consapevolezza del fatto che il rischio attivato opererà nel caso concreto. In sostanza il dolo è pur sempre ritenuto compatibile con la condotta posta in essere in una condizione di dubbio sulle sue possibili conseguenze. L'oggetto della volontà resta dunque ancorato alla creazione di un pericolo di realizzazione dell'evento e, quindi, alla norma di determinazione, non abbracciando l'evento come "conseguenza" della condotta. La condizione del soggetto che agisce nel dubbio del verificarsi dell'evento è peraltro ritenuta comune alla colpa con previsione. Infatti, pur nella fiducia che non si produrranno conseguenze, il soggetto si rappresenta il possibile esito del suo comportamento e decide di agire senza aver superato lo stato di dubbio in cui è venuto a trovarsi. Il *discrimen* tra dolo eventuale e colpa cosciente viene quindi riportato all'atteggiamento del reo nei confronti del precetto (decisione contro il bene giuridico), desunto presuntivamente da valutazioni basate su una logica di prevenzione fondata sull'intollerabilità del rischio attivato con la condotta. È ben evidente, insomma, che la natura sintetica della tesi in commento non consente il superamento dei limiti propri delle impostazioni teoriche recepite come sue componenti e non la pone al riparo dalle notazioni critiche svolte in precedenza con riferimento a ciascuna di esse.

⁶⁰² Si veda anche MANNA, op. loc. ult. cit., ad avviso del quale, proprio per l'impossibilità di specificare i limiti tra dolo e colpa, in alcuni ordinamenti stranieri (ad esempio, quello francese e quello anglosassone), sono state previste forme intermedie di colpevolezza, quali la *recklessness* o la deliberata messa in pericolo dell'altrui persona. L'Autore ritiene quindi che le soluzioni adottate all'estero debbano suggerire, in chiave di riforma, l'opportunità di introdurre nel nostro sistema un istituto che tipizzi una terza forma di colpevolezza, limitandone l'applicazione al bene giuridico principale, ovvero quello della vita, alla stessa stregua di quel che accade nell'ordinamento francese. V. anche ID., *Alla ricerca di una terza forma tra dolo e colpa*, in CADOPPI (a cura di), *Verso un codice penale modello per l'Europa - Offensività e colpevolezza*, Padova 2002, pp. 239 e ss., nonché, *infra*, il capitolo di questo lavoro dedicato alle conclusioni.

Conclusioni

Proviamo a tratteggiare alcune considerazioni di sintesi sulle riflessioni fin qui svolte.

Il codice penale incentra la distinzione tra dolo e colpa nei reati di evento sulla volontà di quest'ultimo come conseguenza della condotta. La *ratio* politico-criminale della distinzione risiede nel fatto che la volontà dell'evento quale conseguenza della condotta esprime la massima partecipazione del soggetto alla realizzazione del reato.

Mediante l'interpretazione sistematica dei dati di diritto positivo compiuta alla luce della funzione politico-criminale del coefficiente di imputazione soggettiva si è chiarito che l'oggetto della volontà non può essere circoscritto alla condotta, né al rischio di cagionare effetti, bensì all'evento come "conseguenza" dell'agire. Tale qualificazione di valore, sul piano oggettivo, sussiste in presenza di un nesso tra condotta ed evento per il quale il secondo è concretizzazione del rischio attivato dalla prima. Sul piano soggettivo, allora, occorre che detta qualificazione di valore si rifletta nella mente dell'agente, sicché egli decida di operare pur avendo preventivato l'operatività del rischio connesso alla condotta che ha deciso di tenere.

Invero, una volta accertato che il soggetto ha agito con la consapevolezza dell'esistenza di un legame causale solo potenziale tra la propria condotta ed una determinata conseguenza, rappresentandosi tale evenienza come probabile o possibile, non si è ancora accertato se la ha voluta. Si sa soltanto che egli si è prefigurato una probabilità (in sostanza, una legge di copertura che evidenzia una relazione statistica tra due accadimenti che potrebbe attualizzarsi): è il tipico dolo di un reato di pericolo. Resta la possibilità che le cose vadano diversamente e che quella legge di copertura non operi nel caso concreto. Tale possibilità più o meno elevata a seconda della capacità esplicativa della legge oggetto di rappresentazione da parte dell'agente.

Piuttosto, occorre verificare se l'agente si è rappresentato elementi sufficienti per ritenere che nel caso specifico quella probabilità, quel rischio si sarebbero concretizzati. Insomma, occorre accertare, alla luce di quel canone valutativo

definito elevata probabilità logica, se il soggetto (soggetto concreto, non agente modello) ha agito nella convinzione che quella conseguenza si sarebbe prodotta. La volontà dell'evento come "conseguenza" della condotta posta in essere dall'agente presuppone necessariamente una rappresentazione in termini di certezza del suo verificarsi.

Qualsiasi definizione del dolo che effettuasse una svalutazione di questo momento previsionale molto intenso sarebbe del tutto arbitraria, perché contrasterebbe con il dato normativo e trascurerebbe l'esigenza di determinatezza e tassatività nell'individuazione dei presupposti della responsabilità penale.

Dal punto di vista strutturale, constatata la comunanza a dolo eventuale e colpa con previsione della rappresentazione degli esiti della condotta in termini di possibilità o probabilità, i vari tentativi operati per individuare il *quid pluris* necessario alla configurabilità del primo costituiscono operazioni incompatibili con la nozione di dolo prevista dall'art. 43 c.p. Mediante raffinate costruzioni dommatiche e intendendo il coefficiente di imputazione soggettiva quale manifestazione di colpevolezza, si propone di surrogare la volontà mancante con l'atteggiamento che il soggetto ha nei riguardi della pretesa comportamentale condensata nella norma penale. La definizione del dolo quale volontà della conseguenza viene forzata mediante un grimaldello che affida all'interprete la possibilità di trattare come dolose condotte essenzialmente colpose e, quindi, di determinare il confine tra lecito ed illecito, oppure la sanzione più adeguata, sulla base di coefficienti che non esprimono una diversità strutturale nel legame con l'evento, bensì una colpevolezza da retribuire, o una pericolosità da prevenire.

In questo modo le funzioni della pena intervengono a gamba tesa nella definizione del coefficiente di imputazione -laddove essa dovrebbe rispondere al solo riferimento teleologico della determinatezza-, compromettendo l'idoneità dello stesso ad esprimere le condizioni di riferibilità del fatto al soggetto in termini rispettosi del principio di personalità della responsabilità penale. Mediante un'artificiosa costruzione della struttura della fattispecie e dell'oggetto del dolo, in altri termini, si crea uno strumento destinato a sbiadire il legame soggettivo con gli effetti della condotta ed a rendere i confini della fattispecie mobili ed adattabili a

seconda delle esigenze, conservando alla colpevolezza la funzione di fondamento della pena, piuttosto che di individuazione dei limiti entro cui la pena può operare coerentemente con la sua funzione politico-criminale.

Il fatto che nessuna delle definizioni di dolo eventuale proposte dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale risulti riconducibile alla nozione di dolo prevista dall'art. 43 c.p. non esclude, ovviamente, la possibilità per il legislatore di prendere posizione sul punto. Ciò può avvenire mediante l'introduzione di un'apposita formula, che riconduca espressamente nel campo del dolo anche il dolo eventuale, con una scelta tra le varie definizioni possibili emerse nella prassi applicativa e negli studi sull'argomento. Oppure, con l'introduzione di un criterio di imputazione che, superando la dicotomia tra dolo eventuale e colpa con previsione, preveda un *tertium genus*, sul modello di esperienze maturate in altri ordinamenti⁶⁰³.

Del resto, si è detto che alla base delle definizioni del dolo eventuale ci sono valutazioni di politica criminale, essendo senz'altro tali l'indicazione del limite tra illecito e lecito, o la determinazione di gravità del fatto, a seconda che esso sia o meno punito anche a titolo di colpa. In mancanza di un'espressa definizione, la delega all'interprete sull'individuazione dei limiti della nozione di dolo è in contrasto con l'esigenza di determinatezza e tassatività che permea il sistema penale. Un'operazione del genere sarebbe però pienamente legittima da parte del legislatore, rientrando di certo nei suoi compiti l'effettuazione di scelte di politica-criminale.

La Commissione per la predisposizione di uno schema di delega per il nuovo codice penale presieduta dal Prof. Pagliaro propose di formulare la definizione di dolo in modo tale da comprendervi anche il dolo eventuale. Non individuò, tuttavia, quale nozione avrebbe dovuto essere recepita tra quelle profilatesi nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. Lo schema di delega riproponeva come circostanza

⁶⁰³ Sulle quali si vedano diffusamente CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., pp. 279 e ss. e CURI, *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, Giuffrè 2003, *passim*; ID., *Tra forme intermedie di dolo e colpa: un requisito soggettivo comune per il cittadino europeo*, in *Ind. pen.* 2001, pp. 493 e ss.; ID., *L'istituto della recklessness nel sistema penale inglese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1998, pp. 975 e ss.

aggravante “l’aver agito, nei delitti colposi, nonostante la previsione dell’evento” e, quindi, la contrapposizione tra dolo eventuale e colpa con previsione⁶⁰⁴.

La Commissione per la predisposizione di uno schema di delega per il nuovo codice penale presieduta dal Prof. Grosso, invece, ritenne di non doversi limitare ad esprimere l’esigenza di estendere l’imputazione per dolo a fatti che l’agente non si è rappresentato come conseguenza certa della propria condotta, per consolidare l’ancoraggio normativo della figura del dolo eventuale. Avvertì infatti la necessità di precisare i limiti del dolo eventuale, riconoscendo che la formula dell’accettazione del rischio ha carattere essenzialmente retorico.

La Commissione individuò condizioni minime per il rimprovero di volontaria realizzazione del fatto illecito. Ritenne così che non si potesse prescindere dalla rappresentazione del realizzarsi del fatto tipico in termini di alta probabilità e non di semplice possibilità, nonché dall’identificazione dell’oggetto della rappresentazione nel fatto realizzato in concreto e non nella generica rappresentazione di qualcosa d’illecito⁶⁰⁵.

Con la seconda relazione preliminare (12 settembre 2000)⁶⁰⁶ la Commissione confermò l’orientamento già enunciato in precedenza, ovvero che la principale caratteristica del dolo eventuale è costituita dalla previsione della realizzazione del fatto (il fatto realizzato in concreto) in termini di probabilità. Aggiunse che detta probabilità deve essere “alta”, così cercando di qualificare tale figura di dolo in termini restrittivi ed opponendosi dichiaratamente alle tendenze a dilatare l’area del dolo eventuale sulla base di una generica previsione dell’evento come possibile.

Rispetto all’idea originaria la Commissione ritenne di dover specificare che il dolo eventuale necessita anche dell’accettazione del rischio di quanto previsto. La precisazione fu inserita, pur nella consapevolezza della sostanziale superfluità della

⁶⁰⁴ Lo schema di delega è consultabile sul sito *internet* del Ministero della Giustizia, nella sezione “Strumenti-Pubblicazioni, studi, ricerche”.

⁶⁰⁵ Si veda la relazione del 15 luglio 1999, consultabile sul sito *internet* del Ministero della Giustizia, nella sezione “Strumenti-Pubblicazioni, studi, ricerche”.

⁶⁰⁶ Anche questo documento è consultabile sul sito *internet* del Ministero della Giustizia, nella sezione indicata.

stessa, da un lato per sottolineare ulteriormente, con una formula retorica comunque ricorrente nella elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, la necessità che la rappresentazione in termini di probabilità deve essere davvero qualificata; dall'altro, per rimarcare la diversità tra dolo eventuale e dolo diretto, dato che in quest'ultimo non ci si accontenta dell'accettazione di rischio, ma si esige la prova della certezza del verificarsi dell'evento. Non era estraneo alla Commissione anche l'intendimento di superare le obiezioni di perdurante incertezza, da un lato, e di rischio (parlando di "alta" probabilità) di confondere dolo eventuale e dolo diretto, dall'altro, prospettate dalle Commissioni della Cassazione e della Procura Generale nei loro pareri al documento di base.

Fu quindi proposto il seguente articolo: "Risponde a titolo di dolo chi, con una condotta volontaria attiva od omissiva, realizza un fatto costitutivo di reato: se agisce con la intenzione di realizzare il fatto; se agisce rappresentandosi la realizzazione del fatto come certa; se agisce accettando la realizzazione del fatto, rappresentato come probabile". All'art. 64 il progetto Grosso prevedeva inoltre la circostanza aggravante dell'aver agito, nei delitti colposi, nonostante la previsione dell'evento, così aderendo all'idea per la quale dolo eventuale e colpa con previsione costituirebbero figure confinanti, ma eterogenee⁶⁰⁷.

L'art. 12 del progetto di schema di delega per il nuovo codice penale predisposto dalla Commissione presieduta dal Dott. Nordio prevede invece tre forme di dolo, stabilendo che esso può consistere nell'intenzione del fatto, nella rappresentazione della sua realizzazione certa (dolo diretto), ovvero non certa, purché altamente probabile (dolo indiretto o eventuale).

L'obiettivo che la Commissione si proponeva di raggiungere era una più netta demarcazione dell'area del dolo da quella della colpa, restringendo il reato doloso alle sole ipotesi in cui si accerti che il soggetto abbia realizzato il fatto con la sicurezza che l'evento si sarebbe verificato, o quantomeno con la consapevolezza di un elevato rischio di accadimento del fatto costituente reato. L'area della colpa è invece definita in negativo, a partire dalla convinzione del soggetto di non realizzare

⁶⁰⁷ L'articolato del progetto è consultabile sul sito *internet* del Ministero della Giustizia, nella sezione "Strumenti-Pubblicazioni, studi, ricerche".

un rischio elevato di verifica del fatto. Essa viene dunque identificata con la concreta prevedibilità dell'evento offensivo o di un rischio anche non elevato di verifica di esso, senza conferire autonoma rilevanza all'eventuale previsione che non attinga alla soglia del dolo eventuale⁶⁰⁸.

La Commissione per la predisposizione di uno schema di delega per il nuovo codice penale presieduta dal Prof. Pisapia, nella relazione del 19 novembre 2007⁶⁰⁹, sostenne che una vera rivoluzione copernicana si sarebbe potuta attuare solo introducendo una terza tipologia di elemento soggettivo, intermedia tra dolo e colpa, mutuata dall'esperienza inglese della *recklessness* ed incentrata sul carattere sconsiderato della condotta posta in essere dal reo, in modo non dissimile da quanto realizzato in Francia con riguardo alla figura della *mise en danger*. La scelta avrebbe così determinato la distinzione tra l'area della "volontà del fatto" e l'area della "volontà del (mero) rischio del fatto", e ciascuna di queste due dall'area della "non volontà" dell'uno e/o dell'altro. Tuttavia, questa strada fu ritenuta non percorribile, sia in quanto la distinzione tra "volontà del fatto" e "volontà del mero rischio del fatto" non sempre è agevole, comportando per il giudice la difficoltà di spiegare perché chi ha così intensamente voluto il rischio del fatto in realtà non ha voluto il fatto e chi si è rappresentato il fatto in maniera sbiadita ciò nondimeno lo abbia voluto; sia in quanto neppure la distinzione a livello inferiore è spesso così marcata e razionalmente giustificata (si richiamava l'incerta collocazione dei casi di dubbio sulla consistenza della regola cautelare, sulla sua operatività e sulla sua portata), con il conseguente rischio di fare una scelta che avrebbe finito per rendere ancora più difficile l'accertamento dell'elemento psicologico del reato.

Ritenendo, dunque, che un codice non debba imporre scelte di *élite*, ma debba limitarsi a registrare cambiamenti sufficientemente maturati nell'esperienza giuridica, la Commissione si mosse sulla linea tradizionale della dicotomia delle forme di imputazione soggettiva: una incentrata sull'effettiva volontà del fatto da

⁶⁰⁸ Loc. ult. cit.

⁶⁰⁹ Anche per questo documento si veda loc. ult. cit.

parte dell'agente (dolo), l'altra sulla sua non volontà e sulla contemporanea violazione della diligenza esigibile dall'agente nella situazione concreta (colpa).

In ordine alla formulazione scelta per definire il reato doloso, la Commissione propose di sopprimere l'inciso "secondo l'intenzione", contenuto nell'attuale formulazione dell'art. 43 c.p., apparendo esso distonico in un sistema in cui hanno cittadinanza, all'interno del modello doloso, anche forme non intenzionali ("il reato è doloso quando l'agente si rappresenta concretamente e vuole il fatto che lo costituisce" - art. 13 lettera b).

Con riguardo al dolo eventuale, la Commissione, dopo un'iniziale propensione a escludere espressamente la possibilità di responsabilità a tale titolo, decise di proporre un'apposita definizione, per la quale la rappresentazione del fatto deve materializzarsi nei termini dell'alta probabilità e l'accettazione dello stesso non può essere ricavata automaticamente da tale stato intellettuale, imponendo invece uno sforzo di autonoma ricostruzione, fondato su ulteriori elementi indicativi. Aggiunse la previsione di un'attenuante facoltativa, per consentire al giudice di pervenire, nei casi limite, ad una soluzione tollerabile sul piano della giustizia sostanziale, stemperando la radicalità delle conseguenze di una scelta decisoria che, a volte, potrebbe presentarsi come estremamente problematica ("il reato sia doloso anche quando l'agente voglia il fatto, la cui realizzazione sia rappresentata come altamente probabile, solo per averlo accettato, e ciò risulti da elementi univoci, salva in tal caso l'applicazione di un'attenuante facoltativa" - art. 13 lettera c).

Con riferimento al reato colposo, la novità più rilevante riguardava la previsione della figura della colpa grave, con abbandono della c.d. colpa con previsione come ipotesi aggravata di colpa. In proposito la Commissione evidenziò come la colpa cosciente (o con previsione) non rappresenti necessariamente una forma più grave di colpa, potendo la colpa incosciente risultare, a seconda delle circostanze, comparativamente più grave della colpa cosciente (ritenendo ben plausibile considerare più grave il fatto di chi, per sconsideratezza, negligenza o indifferenza, ignora le più elementari cautele in una situazione di evidente pericolosità, rispetto a quello di chi si rappresenta una remota possibilità di verifica di un evento lesivo). Ritenne, quindi, di dover incentrare il nucleo della maggior gravità della

colpa nella “particolare rilevanza” dell’inosservanza delle regole cautelari o della pericolosità della condotta (sul presupposto di una sua misurabilità), trattandosi di dati che si riflettono nella sfera dell’agente e che, comunque, costui avrebbe dovuto agevolmente percepire, sicché è elevato anche il grado di colpevolezza (art. 13, lettera e).

L’eventuale introduzione di una definizione espressa del dolo eventuale, se rappresenta una scelta legittima e, per alcuni aspetti, auspicabile, perché, dinanzi alla varietà di opinioni esistenti, determinerebbe un argine all’eccessivo allargamento dell’area del dolo ed un modo per rendere più chiaro ed intellegibile il “messaggio” che la norma incriminatrice rivolge al destinatario⁶¹⁰, potrebbe tuttavia prestarsi a critiche sul piano della ragionevolezza.

Tutte le soluzioni proposte, infatti, riconducono la realizzazione del fatto posto in essere con la rappresentazione del rischio -sebbene elevato- del verificarsi degli effetti della condotta all’area del dolo. La distinzione tra la condotta realizzata sul presupposto della previsione certa e quella realizzata sulla base di una previsione in termini di alta probabilità, insomma, viene ritenuta interna all’ambito del delitto doloso. Le ipotesi di previsione meno intensa, invece, permangono nell’ambito di applicazione della colpa, sebbene con diversità di vedute sull’opportunità di conservare autonomia alla figura della colpa con previsione.

In sostanza, i progetti di riforma non determinano il superamento dell’obiezione di fondo che si è mossa a tutte le teorie sul dolo eventuale: condotte strutturalmente colpose per quel che riguarda il rapporto tra il reo e l’evento vengono considerate dolose, in forza di valutazioni incapaci di evidenziarne la ontologica diversità sul piano della signoria sul fatto da parte del soggetto. Come ampiamente evidenziato nel corso del lavoro, invece, questa diversità la si coglie soltanto in presenza di una previsione del fatto che il rischio attivato con la condotta opererà nel caso concreto.

Qualsiasi tentativo di tenere distinti dolo eventuale e colpa con previsione sul piano della tipicità è destinato all’insuccesso, in quanto si è in presenza di modalità di realizzazione del fatto identiche, potendosi al più distinguere l’intensità della

⁶¹⁰ PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., pp. 229-230.

previsione, a seconda del coefficiente probabilistico della stessa. La volontà dell'evento c'è soltanto in caso di previsione certa del suo verificarsi. In mancanza di essa la volontà si appunta esclusivamente sulla condotta, sebbene la consapevolezza degli effetti che ad essa possono conseguire contribuisca ad accrescerne la gravità.

L'unica soluzione coerente pare dunque essere quella che rinuncia a distinguere il dolo eventuale dalla colpa con previsione, accomunandoli in una forma di imputazione unica.

Si tratta, in fin dei conti, della soluzione adottata dal codice vigente, una volta ricostruita la definizione di dolo contenuta nell'art. 43 c.p. in termini tali da ritenere che essa non comprenda il dolo eventuale. Quest'ultimo non è in realtà altro dalla colpa con previsione. Valutazioni quali l'accettazione del rischio, l'atteggiamento di sconsideratezza o indifferenza, l'intensità del pericolo corso dal bene giuridico possono rilevare quali gradazioni di gravità del fatto, ma non determinano, come si è ampiamente visto, una differente modalità di realizzazione di esso.

Potrebbe al più risultare ragionevole l'introduzione della possibilità di un aumento di pena più elevato rispetto a quello attualmente in vigore, oppure di ipotesi specifiche di sanzione per azioni particolarmente sconsiderate ed a tutela di beni di notevole valore, ove non sia prevista la punibilità a titolo di colpa o essa si riveli non adeguata sul piano del regime sanzionatorio.

Bibliografia

- AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, in *Atti del convegno internazionale*, Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1988, Milano 1991
- AA.VV., *L'idea di giustizia da Platone a Rawls*, a cura di MAFFETTONE e VECA, Torino-Bari 1997
- AA.VV., *Manuale di neuroscienze forensi*, a cura di BIANCHI, GULLOTTA, SARTORI, Milano 2009 ed ivi in particolare GULLOTTA, *La responsabilità penale nell'era delle neuroscienze*, cap. I, pp. 3-15.
- ABBAGNANO, *Storia della filosofia*, vol. I, *La filosofia antica*, 5^a ed., Torino 1993
- AGNINO, *La sottile linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Giur. merito* 2009, 6
- ALESSANDRI, *Rapporti civili sub art. 27 1° co.*, in *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma
- ALIMENA B., *Principi di diritto penale*, 1910
- ALIMENA F., *La colpa nella teoria generale del reato*, 1947
- ALLEGRA, *Il concetto logico di probabilità nel principio di pericolosità sociale e sue applicazioni pratiche*, in *Studi teorico-pratici sulla nuova legislazione italiana*, a cura della rivista *Il pensiero giuridico penale*, 1933
- ALTAVILLA, *Dolo di pericolo con evento di danno e colpa con previsione*, in *Riv. it. dir. pen.* 1932
- AMIRANTE, *Storia giuridica di Roma*, Napoli 1991
- ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, 1934
- *L'azione e l'evento nel reato*, in *Riv. pen.* 1932
- *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2003
- ARDIZZONE, *Condotte finalisticamente orientate e forme di colpevolezza*, in *Studi in onore di Giovanni Musotto*, II, Palermo 1981
- BACIGALUPO, *La teoria finalistica dell'azione e il suo significato nel diritto penale*, in AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli 2007
- BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano 1966
- BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano 2005
- BATTAGLINI, *Diritto Penale, P.G.*, 1934

- *Volontà e rappresentazione nei delitti dolosi secondo il nuovo codice penale*, in *Riv. pen.* 1931
- BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Torino 1965
- BECCARI, *La conseguenza non voluta*, Milano 1963
- BETTIOL, *Capacità a delinquere e pena retributiva*, in *Ind. pen.* 1979
- *Colpa d'autore e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1977
- *Colpevolezza giuridica e colpevolezza morale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1980
- *Diritto penale, parte generale*, Padova 1982
- *Il problema penale*, in *Scritti Giuridici*, Tomo II, Padova 1966
- *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, in *Scritti Giuridici*, tomo I
- *Stato di diritto e Gesinnungsstrafrecht*, in *Ind. pen.* 1973
- GROSSO, voce *Dolo* (dir. pen.), in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXII, Torino 1989
- *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1971
- *Sul metodo della considerazione unitaria del reato* (1938), in *Scritti giuridici*, I
- *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, 1938
- BISCARDI - CANTARELLA, *Profili di diritto greco antico*, 2^a ed., Milano 1974
- BOSCARELLI, *Compendio di diritto penale, parte generale*, Milano 1994
- BRAMANTE, *Sviluppi giurisprudenziali in tema di dolo eventuale*, in *Ind. pen.* 1995
- BRASIELLO, *La repressione penale*, in *Diritto Romano*, Napoli 1937
- BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto ed accertamento del dolo*, Milano 1960
- *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988
- voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig.*, vol. XIX, Torino 1974
- BROCK, *Tommaso D'Aquino e lo statuto fisico dell'animo spirituale*, in *L'Anima, Annuario di Filosofia*, 2004, a cura di POSSERTI, Milano 2004
- CADOPPI (a cura di), *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Omnis definitio in iure periculosa?*, Padova 1996
- CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, in *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*, a cura di E. Pessina, vol. II, Milano 1906
- CAMPISI, *Rilievi sulla teoria dell'azione finalistica*, Padova 1959.
- CAMPITELLI, *Europenses. Presupposti storici e genesi del diritto comune*, Bari 1995
- CANCELLI, voce *Dolo (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano 1964
- CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano 1999

- *La definizione legale di dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2001
 - *La rilevanza del rapporto sessuale non protetto dell'infecto HIV nell'orientamento del BGH*, in *Foro it.*, 1991, IV
 - *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova 1989
 - *“Rischio d'impresa” e imputazione soggettiva nel diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 2003
- CANTARELLA, *Norma e sanzione in Omero. Contributo alla protostoria del diritto greco*, Milano 1979
- *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano 1970
 - *“Moicheia” e omicidio legittimo in diritto antico*, in *Labeo*, 18, 1972
 - *Diritto romano e diritti orientali*, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano 2004
- CARNAP, *I fondamenti filosofici della fisica*, Milano 1971
- CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, vol. I, 1886; *Parte speciale*, vol. VII, 1881; *Parte speciale*, vol. VII, 1883
- *Sunto di una lezione sul dolo*, in *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto*, 1860
- CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, 1933
- CASSINELLI, *Prospetto storico del diritto penale*, Milano 1954
- CASTALDO, *AIDS e diritto penale: tra dommatica e politica criminale*, in *Studi Urbinati*, 1988-89/1989-90, 7
- *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo di evento*, Napoli 1989
- CATERINI, *Il reato eccessivo. La preterintenzione dal versari in re illicita al dolo eventuale*, Napoli 2008
- CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, Napoli 2000
- CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti ed il pensiero giuridico*, Milano 1982
- CERQUETTI, *Il dolo*, Torino 2010
- CONTENTO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Bari 1996
- CONTI, *Diritto penale e suoi limiti naturali*, 1912
- CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari 1986
- CORNACCHIA, *Profili di responsabilità per contagio da virus HIV*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna 1998
- CORTESE, *Il rinascimento giuridico medioevale*, Roma 1992

- COSTA, *Delitto e pena nella storia della filosofia*, Milano 1924
- COTTA, *La città politica di S. Agostino*, Milano 1960
- CROCE, *Filosofia della pratica. Economia ed etica*
- CURI, *L'istituto della recklessness nel sistema penale inglese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1998
- *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, Giuffrè 2003
 - *Tra forme intermedie di dolo e colpa: un requisito soggettivo comune per il cittadino europeo*, in *Ind. pen.* 2001
- D'AGOSTINO, *Il diritto penale come problema teologico*, Torino 1992
- DEAN, *Il rapporto di mezzo a fine nel diritto penale*, Milano 1967
- G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988
- *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e "colpa grave" alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. pen.* 2009
 - *La concezione del dolo in Francesco Carrara*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988
 - *L'enigma del dolo eventuale*, in *Cass. pen.* 2012
- G.V. DE FRANCESCO, *Il "modello analitico" fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale* (a cura di Stile), Napoli 1991
- *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli 1979
- DE FRANCISCI, *Primordia Civitatis*, Roma 1959
- *Sintesi del Diritto Romano*, 3^a ed., Roma 1968
- DEL GIUDICE, *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano a cura di Enrico Pessina*, vol. I, Milano 1905
- DELITALA, *Contributo alla nozione del reato*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano 1976
- *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano 1976
 - *Il fatto nella teoria generale del reato* (1930), in *Raccolta degli scritti: Diritto Penale*, I, Milano 1976
- DE MARSICO, *Coscienza e volontà nella nozione di dolo*, Napoli 1930
- DE MATTEIS, *Dolo eventuale e tentativo*, in *Cass. pen.* 1997

- DEMURO, *Alle origini del concetto di dolo: dall'etica di Aristotele al diritto romano*, in *Diritto@Storia, Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, quaderno n° 5, 2006, sul sito www.dirittoestoria.it;
- *Prolegomeni storici allo studio del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, pp. 1410 e ss.
- *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, www.penalecontemporaneo.it
- DE SIMONE, *L'elemento soggettivo del reato: il dolo*, in Bricola-Zagrebelsky, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino 1996
- DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, Bioetica e Neuroetica*, Torino 2009
- DI LORENZO, *I limiti tra dolo e colpa*, Napoli 1955
- DI SALVO, *Colpa cosciente e dolo eventuale, diretto e alternativo*, in *Giur. merito* 2009, 2
- *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Cass. pen.* 2003
- *Forme del dolo e compatibilità tra dolo eventuale e tentativo*, in *Cass. pen.* 1996
- DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante, un contributo di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1979
- DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.* 2010, 7/8
- *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano 1991
- *Lettura sistematica delle teorie di imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989
- *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996
- voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino 1998
- DONOFRIO, *Alla ricerca del dolo eventuale!*, in *Cass. pen.* 2005, 2
- ESPOSITO, *Appunti sulla volontà e rappresentazione nel dolo*, 1934
- EUSEBI, *Appunti sui confini tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2000
- *Il dolo come volontà*, Brescia 1993
- *Il dolo nel diritto penale*, in *Studium iuris* 2000
- *In tema di accertamento del dolo, confusioni tra dolo e colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1987
- FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari 1990
- FERRANTE, *La suitas nel sistema penale*, Napoli 2010

- FERRINI, *Diritto penale romano, Esposizione storica e dottrinale*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di Pessina, vol. I, Milano 1902
- FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1987
- *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Ind. pen.* 2006
 - *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, www.penalecontemporaneo.it
- FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2009
- FINZI, “*Previsione senza volizione*” nel diritto penale, in *Scuola Positiva* 1922
- IORE, *Ciò che è vivo e ciò che è morto della teoria finalistica in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2003
- IORE, *Diritto penale parte generale*, vol. I, Torino 1993
- *Diritto penale*, Torino 2001
- IORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVIII, Milano 1987
- IORI, *Homo Sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996
- FLORA, *La difficile interpretazione del principio di colpevolezza, riflessioni per l'anniversario della sentenza della Corte Costituzionale sull'art. 5 c.p.*, in *Giur. It.* 1989, VI
- FLORIAN, *Parte Generale del diritto penale*, Milano 1934
- FOLCHIERI, *La causalità giuridica*, 1915, in *Scritti vari di diritto e filosofia*
- FORNASARI, *I criteri di imputazione soggettiva del delitto di bancarotta semplice*, in *Giur. comm.* 1988
- *Introduzione al sistema penale*, AA.VV., Torino 2000
 - *I principi del diritto penale tedesco*, Padova 1993
- FORTE, *Ai confini tra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1999
- *Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2000
- GALLO, voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enciclopedia giuridica Giuffrè*, Milano 1992
- voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano 1964
 - *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano 1951.
 - *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-52

- *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca*, in *Studi Urbinati 1948-50*, Milano 1951
- *L'elemento oggettivo del reato*, Torino 1967
- GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino 1970
- GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*, Napoli 1998
- GNOLI, voce *Diritto penale nel diritto romano*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino 1990
- GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Milano 1947
- GROSSO, *Storia del diritto romano*, 5^a ed., Torino 1965
- GUARDATA, *L'ignoranza della legge penale dopo l'intervento della Corte Costituzionale: prime impressioni*, in *Cass. Pen.* 1988
- HASSEMER, *Caratteristiche del dolo*, in *Ind. pen.* 1991
- HEMPEL, *Filosofia delle scienze naturalistiche*, Bologna 1978
- HIRSCH, *Principi, sviluppi e fraintendimenti del "finalismo"* trad. it., a cura di Viganò, in AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli 2007
- IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, 2^a ed., Torino 1900
- IMPARATI, *Le leggi ittite*, Roma 1964
- LATTANZI-LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. II, Milano 2010
- Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. 4°, *Atti della commissione ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare di un nuovo codice penale*, parte 11^a, *Verbali delle sedute della commissione*, (Libro I del Progetto), Roma 1929
- LEVI, *Dolo e coscienza dell'illiceità nel diritto vigente e nel Progetto*, in *Studi economico-giuridici della R. Università di Cagliari*, Cagliari 1928
- LIBERATI, *Mommsen ed il diritto romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n° 6, 1976
- LICCI, *Dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990
- LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, Napoli 2011
- LUCREZI, *L'uccisione dello schiavo in diritto ebraico e romano*, Torino 2001
- LUNGHINI, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano 2006
- MAGLIO-GIANNELLI, *Il dolo nel diritto penale*, in *Riv. pen.* 2001
- MAGGIORE, *Diritto penale parte generale*, vol. I, 1949

- *Prolegomeni al concetto di colpevolezza*, Palermo 1951
- MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, 3^a ed., parte I, Milano-Roma-Napoli 1911
- MALINVERNI, *Gli stati affettivi nella nozione del dolo*, in *Arch. pen.* 1955
- *Scopo e movente nel diritto penale*, 1955
- MANNA, *Alla ricerca di una terza forma tra dolo e colpa*, in CADOPPI (a cura di), *Verso un codice penale modello per l'Europa - Offensività e colpevolezza*, Padova 2002
- *Corso di diritto penale, Pt. Gen.*, Padova 2007
- MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova 2001
- *Ignorantia legis, scusabile ed inescusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, I, Torino 1926
- MARANI, *Contagio da HIV e lesioni personali gravissime*, in www.altalex.com
- MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino 1993
- MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità oggettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2003
- *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2002
- *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano 1971
- *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano 1965
- *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'imputazione oggettiva dell'evento o trasfigurazione della colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1991
- *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano 1996
- MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale.*, Milano 2009
- *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano 1993
- MARRONE, *Istituzioni di Diritto Romano*, Firenze 1994
- MASIELLO, *Mommsen e il diritto penale romano*, Bari 1997
- MASUCCI, *Naturalismo e normativismo nella teoria del dolo. Premesse per una ridefinizione dei limiti della responsabilità dolosa*, Roma 2002
- MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano 1983
- MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano 1988
- MOCCIA, *Carpzov e Grotio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1979
- *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1992
- *La perenne emergenza*, II ed., Napoli 1997

- *La situazione spirituale della scienza giuridico-penale italiana nel secondo dopoguerra e la prospettiva finalistica*, in AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli 2007
- *Politica criminale e riforma del sistema penale*, Napoli 1989
- *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989
- MONACO, *Cenni di Diritto penale Romano*, appendice a FRANCIOSI, *Manuale di Storia del Diritto Romano*, Napoli 2005
- MORO, *L'antigiuridicità penale*, Palermo 1947
- MORSELLI, *Coscienza e volontà nella teoria del dolo*, in *Arch. pen.* 1966, I
- *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova 1989
- *L'elemento soggettivo del reato nella prospettiva criminologica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1991
- MUCCIARELLI, *Errore e dubbio, dopo la sentenza della Corte Costituzionale 364/1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1996
- NATALINI, *Accettazione del rischio specifico da parte dell'agente quale presupposto essenziale per ritenere la sussistenza del dolo eventuale*, in *Diritto e Giustizia* 2010
- NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo*, in AA.VV., *Il positivismo e la cultura italiana*, Milano 1985
- NICOSIA, *Contagio da H.I.V. tra marito e moglie, omicidio doloso*, commento a sentenza Trib. Cremona del 14 ottobre 1999, in *Foro it.* 2000, vol. II
- NUVOLONE, *Il momento penale*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova 1969
- ONDEI, *Alcune osservazioni sulla nozione del dolo*, in *Ann. dir. proc. pen.* 1942
- PADOVANI, *Concezione finalistica dell'azione e teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2003,
- *Diritto penale*, Milano 1999
- *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1987
- PAGLIARO, *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? In tema di dolo eventuale, Dolus in re ipsa ed errore su legge penale*, in *Cass. Pen.* 1991
- *Il fatto di reato*, Palermo 1960
- *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992
- *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano 2000

- *Teleologismo e finalismo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008
- PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988
- PANNAIN, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Torino 1967
- PECORARO ALBANI, *Il dolo*, Napoli 1955
- PEDRAZZI, *Il fine dell'azione delittuosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1950
- *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2000
- PERTILE, *Storia del diritto italiano*, 2^a ed., vol. V (*Storia del diritto penale*), Bologna 1966
- PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, vol.V^o, *Storia del diritto penale*, Padova 1976
- PESSINA, *Elementi di diritto penale*, Napoli 1880
- *Propedeutica al diritto penale*, Napoli 1858
- PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Napoli 1955
- *L'antigiuridicità*, Padova 1947
- PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato*, Milano 1954
- PICOTTI, *Il dolo specifico*, Milano 1993
- PIRAS, *Il dolo eventuale si espande all'attività medica*, in www.penalecontemporaneo.it
- PROSDOCIMI, *Considerazioni su dolo eventuale e colpa con previsione*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano 1996
- *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano 1993
- voce *Reato doloso*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Torino 1996
- PUGLIESE, *Diritto penale romano*, in *Il diritto romano. La costituzione. Caratteri. Fonti. Diritto privato. Diritto criminale. (Guide allo studio della civiltà romana)*, Roma 1980
- *Il diritto criminale Romano*, in *Guida allo studio dell'antichità classica*, a cura di ARNALDI e USSANI, Milano 1963
- PULITANÒ, *La politica e le riforme*, in *Atti del convegno "Gli 80 anni del Codice Rocco"*, Bologna 12-20 Marzo 2010
- *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988

- REALE, *Storia della filosofia greca e romana*, vol. IV, *Aristotele ed il primo peripato*, Milano 2004
- RICCIO, *I delitti aggravati dall'evento*, Napoli 1936
- RIZ, *Lineamenti di Diritto Penale. Parte Generale*, Padova 2006
- ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, I, 1910
- *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino 1913, poi in *Opere giuridiche*, vol. I, Roma 1932
- ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, I, sub art. 40, 3^a ed., Milano 2004
- ROSSI, *Trattato di diritto penale*, trad. it. di E. Pessina, Napoli 1853
- ROXIN, *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1980
- *Il concetto di azione nei più recenti dibattiti della dottrina penalistica tedesca*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, Milano 1984
- *La problematica dell'imputazione oggettiva*, in *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli 1998
- *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli 1998
- *Pregi e difetti del finalismo. Un bilancio*, trad. it. a cura di Cavaliere, in AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli 2007
- S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica, prima pars, secundae partis, quaestio 18, articulus 6*, in *I Classici del pensiero*, a cura di CENTI, Milano 2009.
- SABATINI, *Istituzioni di diritto penale*, P.G., vol. I, Catania 1943
- SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, 2^a ed., Milano 1998
- SANTAMARIA, voce *Colpevolezza*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano 1960
- voce *Evento*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano 1967
- *Interpretazione e dottrina nella dottrina del dolo*, Napoli 1961
- *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli 1955
- SANTANGELO, *L'estinzione del reato nel momento processuale*, 1948
- SANTOSUOSSO, *Il dilemma del diritto di fronte alle neuroscienze*, in *Atti del convegno "Le neuroscienze e il diritto"*, Milano, 19 Dicembre 2008
- SAPORETTI, *Antiche leggi. I "codici" del vicino Oriente Antico*, Milano 1998

- SBRICCOLI, *Caratteri originali e permanenti nel sistema penale italiano* (1860-1990) in *Storia d'Italia, Annali*, n° 12, *La criminalità*, a cura di VIOLANTE, Torino 1997
- *Giustizia Criminale*, in *Lo stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di FIORAVANTI, Roma-Bari 2002
 - *Il diritto penale liberale. La “rivista penale”, di Luigi Lucchini 1874-1900*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano 1987
 - *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano 1975
 - *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica dall'Unità alla Repubblica*, a cura di SCHIAVONE, Bari 1990
- SCHIAPPOLI, *Diritto penale canonico*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano a cura di Enrico Pessina*, vol. I, Milano 1905
- SCORDAMAGLIA, *Colpa, responsabilità e pena*, in *Rassegna Atti del 54° convegno di Cultura M. C. di SAVOIA*, Roma 8-10 giugno 2002 e in *Riv. it. fil. Del dir.*, n° 3, Lug-Sett. 2004, Roma
- SEMINARA, *Contro una configurabilità “causale” del tentativo*, in *Leg. pen.* 2002
- SEVERINO, *La Filosofia Antica*, Milano 1984
- SPASARI, *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Milano 1956
- STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano 2003
- *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988
 - *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano 1975
- STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988
- STRAUSS, *Le leggi di Platone: trama ed argomentazione*, trad. it. dall'edizione originale *The Argoument and the Action of Plato's “Laws”*, Chigago 1975 di A.S. Caridi
- SUMMERER, *Contagio sessuale da virus HIV e responsabilità penale dell'AIDS-carrier*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2001
- TAGLIARINI, *I delitti aggravati dall'evento*, Padova 1979
- TALAMANCA ed altri, *Lineamenti di storia del Diritto Romano*, 2^a ed., Milano 1989

- TASSI, *Il dolo*, Padova 1992
- VANNINI, *Definizione del dolo*, in *Giust. pen.* 1947, II
- *Poche parole ma chiare parole in tema di dolo*, Milano 1953
- VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1984
- VENEZIANI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Studium iuris* 2001
- VILLA, *Il deviante ed i suoi sogni. Lombroso e la nascita dell'antropologia criminale*, Milano 1985
- VIOLA, *Dolo eventuale e colpa cosciente, con particolare riferimento al contagio da virus HIV in caso di rapporto sessuale non protetto*, in www.overlex.com
- VOLK, *Diritto penale ed economia*, in *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino 1998
- *Dolus ex re*, in *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli 1998
- *Sulla causalità nel diritto penale*, in *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli 1998
- WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, trad. it. a cura di Pedrazzi, in *Jus*
- *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. pen.* 1951
- ZIRULIA, *ThyssenKrupp, fu omicidio volontario: le motivazioni della Corte d'Assise*, www.penalecontemporaneo.it